

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

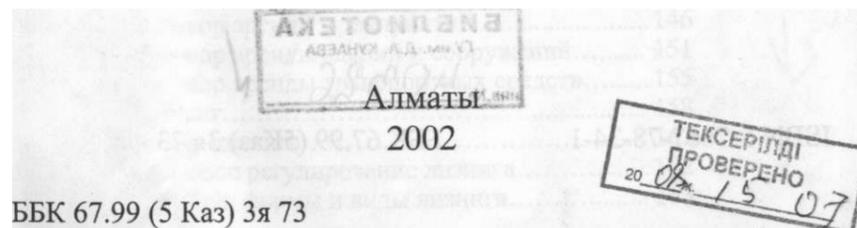
том 2

**Учебник для
вузов
(академический
курс)**

Ответственные редакторы:

М. К. Сулейменов -
член-корреспондент
Академии наук Республики
Казахстан, доктор юриди-
ческих наук, профессор;

Ю. Г. Басин -
доктор юридических наук,
профессор, заслуженный
деятель наук Республики
Казахстан



ББК 67.99 (5 Каз) Зя 73 Г 65

Ответственные редакторы:

М. К. Сулейменов - член-корреспондент Академии наук Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор; **Ю. Г. Басин** - доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель наук Республики Казахстан

Г 65 Гражданское право. Том II. Учебник для вузов (академический курс). Отв. ред.: М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы, 2002. -624 с.

В томе II учебника излагаются отдельные институты договорного права.

Учебник написан на основе Гражданского Кодекса Республики Казахстан (Особенная часть), а также других нормативных правовых актов по состоянию на 31 декабря 2001 года. Помимо анализа действующего законодательства, в учебнике представлены материалы судебной практики и - там, где это необходимо, теоретические взгляды по основным проблемам договорного права.

Учебник подготовлен сотрудниками Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета, разработчиками Гражданского кодекса Республики Казахстан.

Учебник адресован студентам, аспирантам и преподавателям юридических вузов, а также практическим работникам суда, прокуратуры, нотариата, адвокатуры, практикующим юристам и иным лицам, изучающим и применяющим гражданское законодательство.

БИБЛИОТЕКА
Гу им. Д.А. КУНАЕВА

ISBN 5-7667-78-34-1 ББК 67.99 (5Каз) Зя 73

ISBN 5-7667-78-34-1 © НИИ частного права
КазГЮУ, 2002 г.

Содержание

**Раздел IV. Договоры по передаче имущества в
собственность (хозяйственное ведение,
оперативное управление) 17**

Глава 33. Договор купли-продажи	... 17
§ 1. Общие положения 17
§ 2. Розничная купля-продажа 48
§ 3. Договор поставки 55
§ 4. Договор контрактации 74
§ 5. Договор энергоснабжения 80
§ 6. Договор продажи предприятия	92

Глава 34. Договор мены..... 100

Глава 35. Договор дарения 106

Глава 36. Рента и пожизненное содержание с иждивением.....	115
§ 1. Общие положения 115
§ 2. Особенности постоянной ренты.	122
§ 3. Особенности пожизненной ренты, включая ^—' пожизненное содержание с иждивением 126

**Раздел V. Договоры по передаче имущества в
пользование 131**

Глава 37. Договор имущественного найма (аренды)-V---	131
§ 1. Понятие договора имущественного найма...	131
§ 2. Права и обязанности сторон по договору имущественного займа 137
§ 3. Изменение и расторжение договора имущественного займа 144
§ 4. Договор аренды предприятий 146
§ 5. Договор аренды зданий и сооружений 151
§ 6. Договор аренды транспортных средств 155
§ 7. Прокат! 158
Глава 38. Договор лизинга 162
§ 1. Правовое регулирование лизинга	162
§ 2. Понятие, формы и виды лизинга	163
§ 3. Содержание и заключение договора	

лизинга.....	169
§ 4. Права и обязанности сторон в договоре лизинга.....	171
Глава 39. Договор найма жилого помещения	175
§ 1. Общая характеристика.....	175
§ 2. Договор найма жилища в домах государственного жилищного фонда.....	178
§ 3. Особенности правового режима проживания нанимателей государственного жилья, относящиеся к разным категориям	188
§ 4. Расторжение договора найма жилого помещения из государственного жилищного фонда.....	191л-
§ 5. Договор найма частного жилища	198
Глава 40. Безвозмездное пользование имуществом.....	201
Раздел VI. Договоры по производству работ	206
Глава 41. Договор подряда. Общая характеристика.....	206
§ 1. Хозяйственная самостоятельность подрядчика.....	211
§ 2. Система генерального подряда в договорно-подрядных отношениях.....	214
§ 3. Обязанности подрядчика в договоре подряда.....	215
§ 4. Участие заказчика в исполнении договора подряда.....	226
§ 5. Приемка и оплата заказчиком выполненных работ.....	230
§ 6. Конфиденциальность в договоре подряда.....	235
§ 7. Некоторые особенности отдельных видов	

договора подряда	238
Раздел VII. Договоры по оказанию услуг	245
Глава 42. Возмездное оказание услуг	245
Глава 43. Договор перевозки	252
4 f / § 1. Роль транспорта в экономике и социальной сфере Республики Казахстан. Виды транспорта. Управление транспортом	252
§ 2. Транспортное законодательство	254
§ 3. Понятие и виды договоров перевозки. Система договоров перевозки....	257
§ 4. Договор перевозки пассажира и багажа	292
Глава 44. Договор транспортной экспедиции	303
§ 1. Понятие договора транспортной экспедиции	303
§ 2. Элементы договора транспортной экспедиции.....	305
§ 3. Имущественная ответственность (по договору транспортной экспедиции)	309
Глава 45. Договор займа	310
Глава 46. Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг)	337
Глава 47. Банковское обслуживание	352
§ 1. Понятие и проблемы определения договора банковского обслуживания	352
§ 2. Договор банковского счета.....	363
§ 3. Договор о переводе денег.....	400
§ 4. Договор банковского вклада ...	409
Глава 48. Хранение	446
§ 1. Общие положения о хранении.	447
§ 2. Отдельные виды хранения	461
§ 3. Хранение на товарном складе..	469

Глава 49. Страхование	485
§ 1. Понятие страхования, «го элементы и виды.. 485 § 2. Договор страхования..Л	520
Глава 50. Поручение.....г.....	536
Глава 51. Комиссия	551
Глава 52. Доверительное управление имуществом	569

§ 1. История появления института доверительного управления имуществом... 569	§ 2. Общие положения о доверительном управлении имуществом 575
§ 3. Договор доверительного управления имуществом;..... 582	
§ 4. Отдельные виды доверительного управления имуществом	591
Глава 53. Комплексная предпринимательская лицензия	
(Франчайзинг).....	595
§ 1. Понятие договора комплексной предпри- нима-тельской лицензии (Франчайзинга)	595
§ 2. Содержание договора комплексной предпринимательской лицензии (Франчайзинга)..599	§ 3. Стороны договора комплексной предпринимательской лицензии (Франчайзинга). Заключение договора609
§ 4. Исполнение договора комплексной предпринимательской лицензии Франчайзинга)	612
§ 5. Ответственность по договору комплексной предпринимательской лицензии (Франчайзинга). Сублицензия. Изменение и пре- кращение договора	614

ПЕРЕЧЕНЬ ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ:

- 1 Конституция РК - Конституция Республики Казахстан, принятая на республиканском референдуме 30 августа 1995 года (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996, № 4, ст. 217);
- 2 ГК - Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принятый Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., № 23-24 (приложение); 1995 г., № 15-16, ст. 109; № 20, ст. 121-Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., №2 ст. 187; № 14, ст. ст. 274, 277; № 19, ст. 370; 1997 г., № 1-2, ст. 8- № 5, ст. 55; № 12, ст. ст. 183, 184; № 13-14, ст. ст. 195, 205; 1998 г № 2-3, ст. 23; № 5-6, ст. 50; № 11-12, ст. 178; № 17-18, ст. ст. 224, 225; 1998 г., № 23, ст. 429; 1999 г., № 20, ст. 727, 731; № 23 ст. 916; 2000 г., № 18, ст. 336; № 22, ст. 408; 2001 г., №1, ст. 7; №>' 8, ст. 52; №17-18, ст. 240; Закон Республики Казахстан от 24.12.01 г. № 276-И «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан в связи с принятием Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет», опубликованный в газете «Казахстанская правда» 29 декабря 2001 года); Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть), принятый Парламентом Республики Казахстан 1 июля 1999 г. (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 16-17, ст. 642; № 23, ст. 929; 2000 г., № 3-4, ст. 66; № 10, ст. 244; № 22, ст. 408; Закон Республики Казахстан от 6.12.01 г. №260-11 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам железнодорожного транспорта», опубликованный в газете «Казахстанская правда» 17 декабря 2001 года; Закон Республики Казахстан от 24.12.01 г. № 276-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан в связи с принятием Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет», опублико-

- ванный в газете «Казахстанская правда» 29 декабря 2001 года);
3. ГК КазССР - Гражданский кодекс Казахской ССР, принятый Верховным Советом Казахской ССР 28 декабря 1963 г. (Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР, 1964 г., № 2);
 4. ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая, принятая Государственной думой Российской Федерации 21 декабря 1994 г., часть вторая, принятая Государственной думой Российской Федерации 22 декабря 1995 года;
 5. Основы, Основы гражданского законодательства - Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, принятые Верховным Советом СССР 31 мая 1991 года (Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР, 1991 г., № 26, ст. 733);
 6. ГПК РК - Гражданский процессуальный кодекс, принятый Парламентом РК 13 июля 1999 г. (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644; 2000 г., №3-4, ст. 66; № 10, ст. 244; 2001 г., №8, ст. 52; № 15-16, ст. 239; Закон Республики Казахстан от 6.11.01 г. № 251-ІІ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты по вопросам проведения судебной экспертизы», опубликованный в газете «Казахстанская правда» 17 ноября 2001 года; Закон Республики Казахстан от 24.12.01 г. №276-11 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан в связи с принятием Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет», опубликованный в газете «Казахстанская правда» 29 декабря 2001 года);
 7. Налоговый кодекс - Закон Республики Казахстан от 12 июня 2001 г. № 209-ІІ «Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый Кодекс)» («Казахстанская правда», 20 июня 2001 года);
 8. Закон об акционерных обществах - Закон Республики Казахстан от 10 июля 1998 года "Об акционерных обществах в Республике Казахстан" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1998 г., №17-18, ст.223);
 9. Закон о государственных закупках - Закон Республики Казахстан от 16 июля 1997 года N 163-1 "О государственных закупках" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 17-18, ст. 216);
 10. Закон о земле - Закон Республики Казахстан от 29 января 2001 г. №152-11 "О земле" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., №4, ст. 21);
 11. Закон об индивидуальном предпринимательстве - Закон Республики Казахстан от 19 июня 1997 г. "Об индивидуальном предпринимательстве" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 12, ст. 185);
 12. Закон о труде - Закон Республики Казахстан от 10 декабря 1999 г. № 493 - 1 "О труде в Республике Казахстан" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 24, ст. 1068);
 13. Закон о защите прав потребителя - Закон Республики Казахстан от 5 июня 1991 года "О защите прав потребителя" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1991 г., № 23, ст. 267);

14. Закон о налогах - Закон Республики Казахстан от 24 апреля 1995 г. "О налогах и других обязательных платежах в бюджет" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 6, ст. 43);
15. Закон о лизинге - Закон Республики Казахстан от 5 июля 2000 г. № 78-II "О финансовом лизинге" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., № 10, ст. 247);
16. Закон о жилищных отношениях - Закон Республики Казахстан от 16 апреля 1997 года "О жилищных отношениях" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 8, ст. 84);
17. Закон о строительной деятельности - Закон Республики Казахстан от 16 июля 2001 года № 242-11 "Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Казахстан" ("Казахстанская правда", 24 июля 2001 г.);
18. Закон о транспорте - Закон Республики Казахстан от 21 сентября 1994 года (с изменениями и дополнениями от 27 января 1996 года и от 28 декабря 1998 года) "О транспорте в Республике Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., № 15, ст. 201);
19. Закон о страховой деятельности - Закон Республики Казахстан от 18 декабря 2000 г. № 126-11 "О страховой деятельности" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., № 22, ст. 406);
20. Закон о платежах и переводах денег - Закон Республики Казахстан от 29 июня 1998 года «О платежах и переводах денег» (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1998 г., № 11-12, ст. 177);
21. Закон о государственном заимствовании - Закон Республики Казахстан от 2 августа 1999 года № 464-1 "О государственном и гарантированном государством заимствовании и долге" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 21, ст. 784);
22. Закон о Национальном банке - Закон Республики Казахстан от 30 марта 1995 года "О национальном банке Республики Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 3-4, ст. 23);
23. Закон о банках и банковской деятельности - Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 года № 2444 "О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 15-16, ст. 106);
24. Закон о нотариате - Закон Республики Казахстан от 14 июля 1997 года "О нотариате" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 13-14, ст. 206);
25. Закон о таможенном деле - Закон Республики Казахстан от 20 июля 1995 года "О таможенном деле в Республике Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 13);
26. Закон о зерне - Закон Республики Казахстан от 19 января 2001 года № 143-11 "О зерне" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2001 г., № 2, ст. 12);
27. Закон об исполнительном производстве - Закон Республики Казахстан от 30 июня 1998 года "Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей" (Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1998 г., № 13, ст. 195);

28. Закон о банкротстве - Закон Республики Казахстан от 21 января 1997 г. "О банкротстве" (Ведомости Парламента РК, 1997 г., № 1- 2, ст. 7);
29. Закон о рынке ценных бумаг - Закон Республики Казахстан от 5 марта 1997 г. "О рынке ценных бумаг" (Ведомости Парламента РК, 1997 г., №5, ст. 52);
30. Закон о железнодорожном транспорте - Закон Республики Казахстан от 8 декабря 2001 года № 266-III «О железнодорожном транспорте» («Казахстанская правда», 17 декабря 2001 года);
31. Закон о гражданской авиации - Закон Республики Казахстан от 15 декабря 2001 г. №271-III «О государственном регулировании гражданской авиации» («Казахстанская правда», 29 декабря 2001 года);
32. Указ о государственном предприятии - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 19 июня 1995 года "О государственном предприятии" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 9-10, ст. 66);
33. Указ о приватизации - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 23 декабря 1995 г. "О приватизации" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 24, ст. 163);
34. Указ о государственной регистрации - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 23 декабря 1995 г. "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., №24, ст. 163);
35. Указ о лицензировании - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 17 апреля 1995 г. "О лицензирова-

НИИ" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995

- 36^'Указ^'банках'- Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 31 августа 1995 г. "О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 15-16, ст. 106);
- 37 Указ о недрах - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 27 января 1996 г. "О недрах и недропользовании" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1996 г., №2, ст. 182);
- 38 Указ о нефти - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 28 июня 1995 г. "О нефти" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 11, ст. /1),
- 39 Указ об использовании воздушного пространства и деятельности авиации - Указ Президента РК, имеющий силу Закона, от 20 декабря 1995 года №2697 "Об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 23, ст. 148),
40. Указ о государственной службе - Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 26 декабря 1995 года № 2730 "О государственной службе" (Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., № 24, ст. 169);
- 41 Венская конвенция 1980 года - Венская Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров от 11 апреля 1980г.,
42. Правила ИНКОТЕРМС - Правила толкован^ нов - "Международные торговые термины" (INCOTERMS -2000), принятые Международной торговой палатой в 2000 г.;
43. КДПГ - Конвенция о договоре международной перевозки грузов от 19 мая 1956 года;
44. СМГС - Соглашение о международном грузовом сообщении от 1 июля 1974 года;
45. Отгавская конвенция - Конвенция о международном финансовом лизинге от 28 мая 1998 г.;
46. КТМ - Кодекс торгового мореплавания СССР от 1 / сентября
- 47* УБВТ - Устав внутреннего водного транспорта Союза ССР, утвержденный Советом Министров СССР 15 октября 1955 г.;
- 48 У АТ - Устав автомобильного транспорта Казахской LLP, утвержденный постановлением Совета Министров Казахской ССР от 18 июня 1970 г.;
- 49 Положение о поставках продукции - Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, утвержденное Постановлением Кабинета министров Республики Казахстан № 536 от 19 июня 1992 года;
50. Инструкция от 2 сентября 1999 г. - Инструкция о порядке предоставления, найма и эксплуатации жилищ из государственного жилищного фонда Республики Казахстан, утвержденная Правительством Республики Казахстан 2 сентября 1999 г.;

51. Инструкция № 266 - Инструкция о порядке открытия, ведения и закрытия банковских счетов клиентов в банках Республики Казахстан, утвержденная Постановлением Правления Национального банка Республики Казахстан от 2 июня 2000 года №266;
52. Правила № 433 - Правила осуществления безналичных платежей между клиентом и обслуживающим его банком, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 ноября 2000 года N 433;
53. Правила №179 - Правила использования платежных документов и осуществления безналичных платежей и переводов денег на территории Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 апреля 2000 г. N 179;
54. Правила № 37 - Правила установления корреспондентских отношений между Национальным Банком Республики Казахстан и банками второго уровня, а также организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 28 марта 1999 года N 37;
55. Правила № 242 - Правила переводов денег в межбанковской системе переводов денег, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 21 ноября 1998 года N242;
56. Правила № 428 - Правила установления корреспондентских отношений между банками второго уровня Республики Казахстан, а также между банками второго уровня Республики Казахстан и организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 ноября 2000 г. N 428;
57. Правила проведения операций с документарными аккредитивами - Правила проведения операций с документарными аккредитивами банками Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 25 апреля 2000 года N 178;
58. Правила применения чеков - Правила применения чеков на территории Республики Казахстан, утвержденные постановлением
- 12'
Правления Национального Банка Республики Казахстан от 5 декабря 1998 года N266;
59. Правила № 394 - Правила ведения кассовых операций в банках второго уровня Республики Казахстан, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 15 ноября 1999 года N394;
60. Правила № 157 - Правила проведения операций в клиринговой системе Республиканского государственного предприятия на праве хозяйственного ведения "Казахстанский центр межбанковских расчетов", утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 3 июля 1999 года N 157;
61. Правила № 273 - Правила осуществления клиринга в Республике Казахстан, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 16 июня 2000 года N 273;

62. Правила № 395 - Правила осуществления безналичных платежей и переводов денег на территории Республики Казахстан без открытия банковского счета, утвержденные Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 13 октября 2000 года N 395;
63. Правила № 340 - Правила обязательного коллективного гарантирования (страхования) вкладов (депозитов) физических лиц в банках второго уровня Республики Казахстан, утвержденные Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 5 ноября 1999 г. №340;
64. Типовой договор найма жилища - Типовой договор найма жилища из государственного жилищного фонда, предоставленного работникам государственных органов и организаций, подлежащих передислокации в город Астану, утвержденный Правительством РК 24 июля 1997 г.
- Том II настоящего учебника подготовлен авторским коллективом Научно-исследовательского института частного права Казахского гуманитарно-юридического университета в следующем составе:
- Сулейменов М. К. (руководитель авторского коллектива) - член-корреспондент Академии наук Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор: Предисловие, главы 37,42;
- Басин Ю. Г. - доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Республики Казахстан: главы 39,41;
- Алиханова Г. А. - кандидат юридических наук: главы 34, 35, 40;
- Жанайдаров И.У. - доктор юридических наук: главы 52 (совместно с Жанайдаровой С.Ю.), 53.
- Жанайдарова С. Ю. - глава 52 (совместно с Жанайдаровым И.У.);
- Ильясова К. М. - кандидат юридических наук: глава 38;
- Маметова Р. А. - кандидат юридических наук: §§ 3-6 главы 33;
- Осипов Е. Б. - кандидат юридических наук: §1,2 главы 33, 45, 46, 47, 48, 50, 51;
- Покровский Б. В. - кандидат юридических наук: глава 36;
- Тулеугалиев Г. И. - кандидат юридических наук: главы 43, 44;
- Худяков А. И. - доктор юридических наук: глава 49;
- Казиева Г. Т.- перечень принятых сокращений, научно- вспомогательная обработка текста.

/

Предисловие

Второй том настоящего учебника написан на основе анализа и теоретического осмысления Гражданского кодекса Республики Казахстан (Особенная часть), принятого 1 июля 1999 года. Во втором томе описываются отдельные институты договорного права. Он основан на тех же принципах и исходных положениях, которые освещены в предисловии первого тома, и следует программе курса гражданского права для высших учебных заведений.

Авторы продолжают во втором томе изложение проблем обязательственного права, общие положения которого были освещены в первом томе. Причем из большого объема круга вопросов, связанных с обязательствами, они выделяют договорные обязательства. Обязательства из односторонних действий и внедоговорные обязательства будут изложены в третьем томе. Там же будут содержаться разделы об интеллектуальной собственности, наследственном праве и международном частном праве.

Большинство авторов учебника были разработчиками Гражданского кодекса Республики Казахстан и основной массы законов, регулирующих экономические отношения. Авторы также принимали участие в разработке Модельного гражданского кодекса и другого модельного законодательства стран СНГ. Поэтому авторы могут излагать материал со знанием исторических и логических основ происхождения той или иной нормы гражданского законодательства. Авторы выстраивали материал максимально приближенно к Гражданскому кодексу, однако учебник - это не комментарий к Гражданскому кодексу, а систематическое изложение теоретических и практических аспектов гражданского права.

В соответствии с той классификацией договорных обязательств, которая была дана в первом томе настоящего учебника (с. 560-561), весь материал о договорах, освещаемых во втором томе, делится на четыре больших раздела: Раздел IV. Договоры по передаче имущества в собственность; Раздел V. Договоры по передаче имущества в пользование; Раздел VI. Договоры по производству работ; Раздел VII. Договоры по оказанию услуг.

Расположение материала произведено в соответствии с расположением глав в Гражданском кодексе.

Ввиду большого объема материала в отдельную Главу 38 выделен договор лизинга, хотя он несомненно, относится к договорам имущественного найма (аренды), которым посвящена Глава 37 настоящего учебника. Во второй том не включена также Глава 42 Гражданского кодекса в связи с тем, что данные действия не имеют прямого отношения к договорам по оказанию услуг. Эта глава отнесена к разделу, посвященному обязательствам из односторонних действий, который будет включен в третий том.

Авторы при освещении положений об отдельных видах договоров старались не погружаться слишком глубоко в теоретические споры. Тем не менее, учитывая, что настоящий учебник рассматривается нами как академический курс, в ряде случаев исследуются теоретические проблемы.

М. К. Сулейменов, руководитель
рабочей группы по подготовке проекта

Гражданского кодекса Республики
Казахстан, Директор
Научно-исследовательского Института
частного права Казахского
гуманитарно- юридического
университета, член-корреспондент
Академии наук Республики Казахстан,
доктор юридических наук, профессор.

f

Раздел IV. ДОГОВОРЫ ПО ПЕРЕДАЧЕ ИМУЩЕСТВА В СОБСТВЕННОСТЬ (ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ВЕДЕНИЕ, ОПЕРАТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ)

Глава 33. Договор купли-продажи

§ 1. Общие положения

По договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать имущество (товар) в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять это имущество (товар) и уплатить за него определенную денежную сумму (цену) (п. 1 ст. 406 ГК).

Договор купли-продажи является наиболее распространенным договором в имущественном обороте, при помощи которого оформляются бытовые и предпринимательские сделки, а также отношения по приобретению имущества в различных сферах экономики и по поводу различного товара. Переход к рыночным принципам и появление новых рыночных отношений в имущественном обороте, которые были неизвестны и неприемлемы для плановой экономики и ее правового регулирования (например, принцип определения цены или срока договора при отсутствии соглашения о них, вовлечение в имущественный оборот новых видов имущества - купля-продажа предприятий, передача прав по использованию фирменного наименования юридического лица, торговой марки, появления новых институтов договорного права - лизинг, факторинг и т. д.), обусловили необходимость обновления норм гражданского законодательства об отдельных видах обязательств, в том числе и купли-продажи.

Особенная часть ГК принципиально по-новому рассмотрела ряд вопросов правового регулирования купли-продажи, что явилось следствием широкого использования опыта международного регулирования отношений по купле-продаже, в том числе и положений Венской конвенции 1980 года. Например, положения Венской конвенции нашли отражение в ГК по вопросам цены, срока договора, обязанности продавца передать товар, свободный от прав третьих лиц и т. д.

ГК значительно расширил правовое регулирование отдельных, наиболее распространенных видов договоров купли-продажи. Так, параграфами 2-6 главы 25 ГК предусмотрены такие разновидности обязательств по купле-продаже (и соответствующие разновидности договора купли-продажи), как розничная купля-продажа, поставка товаров, контрактация, электроснабжение, продажа предприятия. При этом для этих отдельных разновидностей

ГУ им. Д.А. КУНАЕВА ^

«

инв.№- предусмотрены по сравнению с общими положениями особенности правового регулирования, например, по существенным условиям, последствиям передачи товара ненадлежащего качества и т. д. В этом случае применяются общие нормы о купле-продаже, если только специальными

нормами ГК об отдельных видах купли-продажи не предусмотрены особенности правового регулирования. Необходимо иметь в виду, что особенности купли-продажи отдельных товаров могут предусматриваться законодательством или иными нормативными актами только в случаях, предусмотренных ГК или законодательными актами.

В то же время в имущественном обороте возможны многие иные, чем предусмотренные параграфами 2-6 главы 25 ГК, модификации договора купли-продажи, к которым безусловно должны применяться общие положения о купле-продаже. Возможно заключение договоров, внешне схожих, но не подпадающих под определение ГК об отдельных видах договоров купли-продажи. В этом случае к отношениям по купле-продаже должны также применяться правила, предусмотренные параграфом 1 главы 25 ГК.

ГК воспроизводит традиционное для законодательства Республики Казахстан определение договора купли-продажи. В то же время ГК значительно расширил круг отношений в имущественном обороте по применению этого института права. Так, в соответствии с правилами главы 25 ГК, общие положения о купле-продаже распространяются и на куплю-продажу ценных бумаг и валютных ценностей, если только законодательными актами не предусмотрены особые правила для их купли-продажи (п. 2 ст. 406 ГК). Например, Законом об акционерных обществах предусматриваются особенности купли-продажи акций и иных ценных бумаг, выпускаемых акционерными обществами. Норма, распространяющая общие положения о купле-продаже на отношения по приобретению ценных бумаг и валютных ценностей, сформулирована на случай отсутствия специального правового регулирования для купли-продажи таких ценностей либо отсутствия правового регулирования отдельных моментов таких отношений. Несомненно, отношения по купле-продаже указанных ценностей в части, не имеющей особенностей правового регулирования в виде закрепленных в законодательных актах специальных правил, будет подпадать под регулирование Общих положений главы 25 ГК.

Общие положения о купле-продаже распространяются также на продажу имущественных прав, если это не противоречит содержанию или характеру этих прав (п. 3 ст. 406 ГК). Хотя имущественные права не относятся к вещам и товарам, и на имущественные права не может быть права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления), но в то же время имущественные права входят в понятие "имущество" (п. 2 ст. 115 ГК). Поэтому ГК распространяет нормы о купле-продаже на случаи возмездной уступки имущественных прав. Хотя в ГК применяется термин "продажа" права, тем не менее, необходимо признать, что в данном случае этот термин имеет в виду возмездную уступку права, так как определение купли-продажи предполагает передачу имущества из собственности продавца в собственность покупателя, то есть предполагает уступку права собственности на вещь, а на имущественные права, не относящиеся к вещам, право собственности не существует и не может быть, соответственно, передано другому лицу. Правообладатель имущественного права может

только уступить другому лицу это право полностью или частично. Применение общих положений о купле-продаже к возмездной уступке имущественных прав должно производиться по аналогии, в связи с отсутствием специальных норм по отдельным вопросам возмездной уступки, регулирующих определенную группу имущественных прав и порядок их уступки (вещные и исключительные права, отдельные виды обязательствных прав и перемену лиц в обязательстве), например, вопросы цены, условий договора, ответственности сторон и т.д. И при коллизии норм ГК, регулирующих определенную группу имущественных прав и порядок их уступки, с нормами общих положений о купле-продаже приоритет должен отдаваться первым. ^w по большей части положения о купле-продаже применимы к возмездной уступке вещных прав, а также исключительных прав, относящихся к интеллектуальной собственности - прав на результаты интеллектуальной творческой деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции физического и юридического лица, выполняемых ими работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.), то есть к тем правам, которые имеют абсолютный характер и в этой части относятся к одной группе гражданских прав абсолютного характера с правом собственности. В то же время положения о купле-продаже применимы и к возмездной уступке обязательственных прав, имеющих относительный характер и вытекающих из договоров по производству товаров, работ и услуг, а также иных договоров относительного характера. Возможность применения по аналогии норм обязательства купли-продажи к возмездной уступке имущественных прав обусловлено рыночными принципами экономики, в соответствии с которыми имущественные права, включая вещные, исключительные и обязательственные по производству работ и услуг, отнесены к имуществу, имеющему денежную стоимость) В то же время необходимо признать, что не все положения о купле-продаже применимы к возмездной уступке имущественных прав и не ко всем случаям возмездной уступки имущественных прав применимы по аналогии нормы общих положений о купле-продаже. Этот вопрос должен решаться в каждом конкретном случае с учетом содержания и характера имущественного права. Например, положения о предмете договора купли-продажи, закрепленные в п. 1 ст. 407 ГК, не могут применяться к возмездной уступке имущественных прав, даже в отношении иных, чем право собственности, вещных прав, так как целью договора купли-продажи является уступка исключительно права собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) путем передачи вещи и получения денежной цены, и условия договора о товаре предусмотрены только для указанного случая. В случае же возмездной уступки вещного права условием договора о предмете будет не сама вещь, а уступаемое вещное право. Поэтому предмет договора при возмездной уступке имущественных прав должен определяться в соответствии с общими положениями ГК о перемене лиц в обязательстве.

Необходимо отметить, что общие положения о купле-продаже применяются к отдельным видам этого договора, если параграфами 2-6 главы 25 ГК не установлены иные правила. То есть в данном случае

ГК предусмотрел приоритет специальных норм об отдельных видах обязательства купли-продажи перед общими, и общие нормы о купле-продаже играют в правовом регулировании отдельных видов купли-продажи восполняющую роль на случай отсутствия специального регулирования.

• Договор купли-продажи является, по общему правилу, **двусторонним, возмездным, консенсуальным***

, Предметом купли-продажи может быть **товар**, определяемый **1 К** как любая оборотоспособная вещь (п. 1 ст. 407 ГКВ то же время нет никаких препятствий по использованию в качестве предмета договора купли-продажи ограниченно оборотоспособной вещи при соблюдении правил по их отчуждению и приобретению - отчуждение и приобретение этих вещей надлежащими лицами, имеющими право либо специальное разрешение на обладание ограниченно оборотоспособной вещью.

^ Договор купли-продажи может быть заключен, по общему правилу, как в отношении вещей, имеющих в наличии у продавца, так и в отношении вещей, которые будут созданы или приобретены им в будущем, что предполагает в качестве продавца как собственника товара право собственности которого возникло путем приобретения товара от третьих лиц, либо в результате самостоятельного изготовления этого товара, либо производителя товара, так и посредника в лице оптовых и розничных торговых организаций (п. 2 ст. 407 ГК). Данная норма применяется в случае, если законодательными актами не установлены для отдельных видов договора купли-продажи иные правила либо если это не противоречит характеру товара. Таким образом, не может быть заключен договор купли-продажи в отношении дома, которого нет, но который должен быть построен, так как недвижимость признается имуществом только после ее регистрации в качестве таковой. До регистрации дома в качестве недвижимости на имя продавца договор купли-продажи будет носить, в зависимости от его конкретных условий, признаки предварительного договора купли-продажи дома (например, с посреднической фирмой на рынке жилья), либо договора поручения, либо договора комиссии со всеми вытекающими из этого последствиями. Если же дом изначально предполагается для лица, выступающего в качестве "покупателя", то есть если с момента окончания строительства и возникновения объекта недвижимости дом должен быть зарегистрирован на имя этого лица, то эти отношения вообще не подпадают под нормы ГК о купле-продаже, и они должны регулироваться нормами ГК об иных обязательствах, например, нормами о подряде.

t **Существенными**₁ **условиями** договора купли-продажи являются, по общему правилу, **условия о товаре**, в отношении которого заключен договор, **и его количестве**, которые и определяют условие договора о товаре. В соответствии с ГК условие о товаре считается соблюденным, если оно позволяет определить его наименование и количество (п. 3 ст. 407 ГК). Данное положение необходимо понимать с учетом деления вещей на индивидуально-определенные и определенные родовыми признаками. При использовании индивидуально-определенной вещи в качестве

условия предмета договора купли- продажи требуется определение всех необходимых признаков вещи, позволяющих отличить ее от аналогичных вещей. Так, при купле- продаже определенной машины необходимо указание на ее конкретные характеристики, идентифицирующие эту машину, например^ номер шасси или же номерной знак регистрации в государственной автоинспекции. В то же время при приобретении вещей, определяемых родовыми признаками, достаточно указание на наименование товара, позволяющее определить род товара. Например, договор купли- продажи может заключаться в отношении неопределенной автомашины, и при этом достаточно указание на характеристики, позволяющие определить род автомашины - марка, класс или иная характеристика автомашины. В то же время при приобретении товара, который обычно характеризуется родовыми признаками, возможно указание на такие характеристики, которые позволяют конкретно понять,

21

о каких родовых вещах идет речь, что приближает или даже превращает куплю-продажу таких товаров в договор купли-продажи индивидуально-определенных вещей. Например, это могут быть видовые качественные или иные характеристики, и предметом купли-продажи может быть, например, не просто зерно пшеницы, а зерно определенной классности, находящееся в определенном хранилище или в другом определенном месте и т. д. В то же время необходимо иметь в виду и то, что, в отличие от общих правил купли-продажи, применительно к отдельным видам договора купли-продажи к существенным условиям могут относиться и некоторые другие условия, например, цена при покупке товара в кредит под условием рассрочки платежа и т. д.

Основной обязанностью продавца по договору купли-продажи является передача покупателю конкретного товара - предмета договора, определенного соглашением сторон (п. 1 ст. 408 ГК). В случаях, когда у предмета договора имеются принадлежности, определяемые в соответствии со ст. 122 ГК, либо относящиеся к нему документы, предусмотренные нормативными правовыми актами или договором (например, сертификаты соответствия, качества, безопасности, нормативно-технические документы о качестве, комплектности, технический паспорт и т.п.), на продавца автоматически возлагается обязанность по передаче и этих принадлежностей и документов одновременно с передачей предмета договора, если только иное не предусмотрено законодательством или договором (ст. 122, п. 2 ст. 408 ГК). }

Продавец обязан передать надлежащим образом оговоренный товар в **определенный срок**. Срок по передаче товара, как правило, оговаривается договором купли-продажи^ Отсутствие срока в договоре не влияет, по общему правилу, на его действительность, так как в этом случае могут быть применены общие правила о сроке исполнения обязательства, предусмотренные ст. 277 ГК (п. 1 ст. 409 ГК). Но необходимо иметь в виду, что для отдельных видов договора купли- продажи, например, для продажи товара в кредит под условием рассрочки платежа, а также по заявлению одной из сторон, срок исполнения обязанности продавца по передаче товара может являться существенным условием, требующим

соглашения сторон и отражения в договоре купли-продажи.

Отсутствие срока предполагает исполнение обязанности продавцом по передаче товара в разумный срок, который должен определяться в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств, определяющих эту разумность. Например, если условиями договора предусмотрено передать товар в определенной комплектности, то разумный срок будет включать в себя срок, необходимый для комплектации товара. В соответствии со ст. 277 ГК предусмотрен порядок исполнения обязательства, не исполненного в разумный срок, либо обязательства, срок исполнения которого определен моментом востребования. Такие обязательства должны быть исполнены в семидневный срок со дня предъявления кредитором требования об его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из законодательства, условий обязательства, обычаев делового оборота или существа обязательства.

Положения ГК о сроке исполнения продавцом обязанности по передаче товара сформулированы диспозитивно, позволяя по соглашению сторон предусмотреть любой порядок. В то же время в ГК предусматривается несколько частных случаев, имеющих ключевое значение для правового регулирования вопросов срока и последствия для досрочного исполнения либо исполнения после истечения оговоренного срока.

Соглашением сторон может быть предусмотрено исполнение обязанности в строго определенный срок, последствием чего является невозможность досрочного исполнения этой обязанности продавцом, либо исполнения договора по истечению этого срока (п. 2 ст. 409 ГК). Условие об исполнении обязательства в строго определенный срок должно быть сформулировано достаточно ясно, чтобы из этого условия вытекало, что, во-первых, договор подлежит исполнению в определенный календарный день либо в определенный календарный период; во-вторых, не допускается досрочное исполнение; в-третьих, просрочка продавца ведет к потере интереса покупателя к исполнению договора, то есть к прекращению договора; в-четвертых, исполнение в иной, чем установленный договором срок, возможно только с согласия покупателя.

В случае отсутствия условия об исполнении договора купли-продажи в строго определенный срок договор, по общему правилу, считается заключенным с условием передачи продавцом товара в определенный период времени, определенный условием договора о сроке передачи товара.

Договором или законодательными актами для отдельных видов договора купли-продажи может быть предусмотрено **исполнение договора купли-продажи по частям**, и, соответственно, обязанность продавца по частичной передаче товара в определенные **промежуточные сроки**, определяемые как календарной датой или событием, **так и** периодом времени (п. 2 ст. 409 ГК). Например, договором купли-продажи может быть предусмотрен график передачи отдельных **частей** товара, составляющих предмет договора.

В то же время при любом способе определения срока исполнения обязанности по передаче товара продавцом несоблюдение им таких сроков ведет к неисполнению обязанности передать товар и влечет

последствия, предусмотренные, в зависимости от ситуации, ст. ст. 416, 440 ГК. Например, при неисполнении или ненадлежащем исполнении продавцом сроков передачи товара, еще не оплаченного покупателем, последний вправе отказаться от исполнения договора в соответствии с п. 1 ст. 416 ГК, и возможность такого отказа вытекает из положений п. 2 ст. 284 ГК, в соответствии с которыми неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства одной стороной освобождает, по общему правилу, другую сторону от исполнения взаимных обязанностей. При частичной оплате товара покупатель, при неисполнении продавцом обязанности по передаче товара в определенный договором срок, вправе требовать передачи оплаченной части товара и отказаться от исполнения договора в отношении неоплаченного товара, либо потребовать возврата уплаченной денежной суммы, а при полной предоплате товара - покупатель вправе требовать либо передачи товара, либо возврата предоплаты. При этом, по общему правилу, при неисполнении обязанности по возврату предоплаты продавец несет ответственность за неправомерное пользование чужими деньгами в соответствии со ст. 353 ГК со дня, когда по договору должна быть произведена передача товара до дня фактической передачи товара или возврата предоплаты, если только иное не установлено договором купли-продажи. Договором может быть установлено как определенный размер неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами, так и иной порядок исчисления периода времени, за который может быть взыскана такая неустойка, например, установлено взыскание неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами со дня получения продавцом предоплаты.

Если предметом договора купли-продажи является индивидуально-определенная вещь, то покупатель вправе вне зависимости от оплаты товара требовать исполнения обязательства в натуре в соответствии со ст. 355 ГК, либо воспользоваться, по общему правилу, своим правом на отказ от исполнения договора в соответствии с п. 1 ст. 416 ГК или возврат уплаченной денежной суммы в соответствии с п. 3 ст. 440 ГК.

Момент исполнения продавцом обязанности по передаче товара имеет большое значение для определения надлежащего исполнения обязанности продавца. Как правило, момент исполнения обязанности по передаче товара определяется в зависимости от конкретных условий договора и может связываться как с реальной фактической передачей товара, так и символической, например, передачей товарораспорядительного документа (коносамента, складского свидетельства и т. д.), ключей от квартиры, от автомобиля и т. п. В то же время ГК предусматривает следующие нормы по определению этого момента при⁴ отсутствии в договоре специальных условий для этого (п. 1 ст. 410 ГК):

- если договором предусмотрена обязанность продавца по доставке товара, то моментом исполнения обязанности продавца по передаче товара считается вручение товара покупателю или указанному им лицу;

- если условиями договора предусмотрена передача товара в месте его нахождения, то моментом исполнения обязанности продавца по передаче товара

считается предоставление товара в распоряжение покупателя или указанного им лица.

Общие положения о купле-продаже, предусматривающие такой способ определения момента исполнения обязательства, как **предоставление товара в распоряжение покупателя**, является новеллой для правового регулирования данного вида обязательства. Факт предоставления товара в распоряжение покупателя без всякой его фактической передачи считается надлежащим исполнением обязанности продавца по передаче товара. Непринятие покупателем товара, предоставленного в соответствии с условиями договора в его распоряжение, является ни чем иным, как просрочкой кредитора со всеми вытекающими из этого неблагоприятными последствиями для него. В то же время из условий договора должно ясно вытекать, с какими обстоятельствами, событиями или действиями сторон связывается момент предоставления товара в распоряжение покупателя. При этом товар считается предоставленным в распоряжение покупателя или указанного им лица в случае, если, например, условиями договора купли-продажи предусматривалась передача товара в месте его нахождения, и если покупатель был осведомлен о готовности товара к передаче.

В некоторых случаях, когда условиями договора купли-продажи уже определены сроки передачи товара (например, установлена календарная дата получения товара, предусмотрен график получения товара), осведомление покупателя не требуется. Договором купли-продажи могут быть предусмотрены условия о периоде времени, в течение которого товар будет готов к передаче, и требования об извещении покупателя о готовности товара. В этих случаях товар считается предоставленным в распоряжение покупателя с момента такого извещения. В то же время возможны случаи, когда требованиями законодательства о купле-продаже отдельных видов товара либо соглашением сторон устанавливается обязательная маркировка или

25

иная идентификация товара, упаковка или совершение иных действий по подготовке товара (например, специальные требования к таре и т. д.). В этих случаях, до совершения необходимых действий по подготовке товара, он не признается готовым к передаче в распоряжение покупателя даже при наступлении определенных сроков для передачи товара, то есть товар не признается переданным в распоряжение покупателя.

Если в договоре не содержится обязанности продавца по доставке товара либо условий о передаче товара в месте его нахождения, то моментом исполнения обязанности продавца по передаче товара считается его передача перевозчику или организации связи для доставки покупателю, если только иное не предусмотрено договором.

Момент исполнения обязанности продавца по передаче товара имеет значение и для определения **перехода права собственности или риска случайной гибели (случайного повреждения)**. Если иное не предусмотрено договором или законодательными актами об отдельных видах купли-продажи, право собственности переходит, в соответствии со ст. 238 ГК, к покупателю в момент передачи ему предмета договора купли-продажи. Риск случайной гибели или случайного повреждения

возлагается, как правило, на собственника вещи, и при совпадении момента передачи товара и перехода права собственности риск случайной гибели определяется по общим правилам о переходе риска случайной гибели или случайного повреждения имущества в соответствии со ст. 190 ГК, если иное не предусмотрено договором купли-продажи. В то же время для купли-продажи товара ГК предусматривает общее диспозитивное правило, в соответствии с которым переход риска случайной гибели на покупателя связано с моментом, когда продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара. При этом не имеет значения сохранение права собственности у продавца либо возникновение права собственности у покупателя на момент исполнения обязанности продавца передать товар, и риск случайной гибели переходит на покупателя при исполнении продавцом обязанности по передаче товара даже без возникновения у покупателя права собственности (например, при выполнении продавцом обязанностей по предоставлению товара в распоряжение покупателя, при которой право собственности у покупателя еще не возникло в связи с непринятием товара и отсутствием фактического владения). В то же время в силу диспозитивности указанной нормы договором купли-продажи может быть определен иной порядок распределения риска случайной гибели или случайного повреждения товара. Аналогично решается в ГК и порядок перехода риска случайной гибели товара, проданного во время нахождения его в пути, - риск случайной гибели переходит к покупателю в момент заключения договора купли-продажи, если иное не предусмотрено договором.

По условиям договора право собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) может перейти к покупателю ранее передачи товара, например, при символической передаче товара и т.д. В этом случае на продавца возлагается обязанность по сохранению товара до фактической передачи, что должно проявляться в принятии всех необходимых мер для предотвращения его ухудшения. Покупатель обязан возместить фактические издержки продавца по содержанию и сохранению товара до передачи проданного товара. Последнее правило является диспозитивным. Иной порядок по возмещению издержек может быть предусмотрен соглашением сторон (ст. 412 ГК).

ГК по-новому сформулировал обязанность по передаче товара, свободного от прав третьих лиц. Если в ранее действовавшем гражданском законодательстве продавец был обязан при заключении договора только предупредить покупателя о всех правах третьих лиц на продаваемую вещь, то в общих положениях главы 25 ГК данное положение усилено, и₂₆ на продавца возлагается обязанность получения **согласия** покупателя для передачи ему товара, обремененного правами третьих лиц (ст. 413 ГК). Только при согласии покупателя ему может быть передан товар, обремененный правами третьих лиц, а также товар, на который в момент передачи существуют притязания третьих лиц, которые могут быть признаны впоследствии в установленном порядке, что предполагает обязанность продавца получить согласие покупателя на передачу ему такого товара. Новшеством ГК является, во-первых, обязанность продавца передавать товар, свободный от любых прав либо

притязаний третьих лиц, вне зависимости от того, возникли они до или после заключения договора. По ранее действовавшим нормам ГК Казахской ССР обязанность продавца ограничивалась только предупреждением покупателя о правах третьих лиц, возникшим до заключения договора. Во-вторых, по ранее действовавшим нормам продавец не нес ответственности за передачу товара, на который существовали притязания третьих лиц, без предупреждения покупателя об этих притязаниях, даже если эти притязания существовали на момент заключения договора. По правилам нового ГК продавец обязан передать товар свободным от притязаний третьих лиц в сам момент передачи. В-третьих, существенно отличается процедура предупреждения о правах третьих лиц (устное предупреждение) и процедура получения согласия покупателя (заявление продавцом покупателю предложения о передаче имущества, обремененного правами третьих лиц).

Неисполнение продавцом обязанности получить согласие покупателя предоставляет покупателю, узнавшему впоследствии в ходе исполнения купли-продажи (до полной оплаты товара, до получения всего товара, до получения принадлежностей, до исполнения продавцом обязанностей по доставке и т. п.) об обременениях или притязаниях третьих лиц на предмет купли-продажи, возможность требовать изменения условий договора по уменьшению цены товара либо расторжения договора купли-продажи и возмещения убытков. Покупатель лишается этого права в случаях, если будет доказано, что он знал или должен был знать при принятии товара о правах третьих лиц на приобретаемый товар (п. 1 ст. 414 ГК). Например, при передаче ему по договору купли-продажи недвижимости, на которую в установленном порядке зарегистрированы обременения в виде прав третьих лиц, покупатель не вправе ссылаться на неосведомленность. Публичная регистрация обременений в органах регистрации недвижимости и сделок с ней предоставляет возможность третьим лицам узнать об этих обременениях. В то же время требования покупателя по уменьшению цены или расторжению договора и возмещению убытков могут быть отклонены, если продавец докажет, что он не знал к моменту передачи товара о таких притязаниях третьих лиц, то есть в момент передачи товара действовал добросовестно и не нарушил обязанности о получении согласия покупателя.

Естественно, возможность требовать изменения условий договора либо расторжение договора сохраняется только при сохранении действия договора купли-продажи. Стороны не вправе требовать уменьшения цены или расторгать уже исполненный договор. В отношении же исполненного договора купли-продажи, по которому был передан товар, обремененный правами и притязаниями третьих лиц, с нарушением правил о получении согласия покупателя на приобретение такого товара должны действовать общие нормы о защите нарушенного права, предусмотренного ст. 9 ГК (например, возмещение убытков, признание сделки недействительной).

Необходимо учитывать также и то, что санкции, предусмотренные в ст. 413 ГК за неисполнение продавцом обязанности по получению согласия покупателя на приобретение товара, не регулируют

случаи, когда удовлетворение прав и притязаний третьих лиц привело к изъятию предмета купли-продажи у покупателя вне зависимости от того, произошло изъятие до или после исполнения договора купли-продажи. Ответственность продавца за изъятие товара у покупателя третьими лицами по удовлетворенным правам и притязаниям третьих лиц на предмет купли-продажи охватывается специальными нормами 9Т. 414 ГК, регулирующими все случаи ответственности продавца за изъятие товара у покупателя третьими лицами по основаниям, возникшим до исполнения продавцом обязанности по передаче товара. При этом в соответствии со ст. 414 ГК предусмотрен порядок возложения ответственности на продавца или освобождение его от ответственности не только при удовлетворении каких-то прав и притязаний третьих лиц, существовавших до передачи товара, но и при изъятии по любым иным возможным основаниям, предусмотренным, в частности, ст. 7 ГК и возникшим до исполнения договора купли-продажи. В соответствии со ст. 414 ГК продавец несет ответственность в виде возмещения убытков перед покупателем при изъятии предмета купли-продажи по основаниям, возникшим до исполнения договора, если не будет доказано, что покупатель знал или должен был знать о наличии таких оснований. При этом не может быть и речи об ответственности продавца, если об основаниях возможного изъятия покупатель был извещен в ходе исполнения договора купли-продажи (например, при получении согласия покупателя на передачу ему товара, обремененного правами и притязаниями третьих лиц, при извещении о возможных основаниях изъятия при заключении договора купли-продажи и согласования предмета договора), либо покупатель знал или должен был знать об этих основаниях (например, в связи с приобретением товара, на который установлен судебный арест или зарегистрировано в уполномоченных государственных органах право залога и т. п.).

Необходимо отметить, что ст. ст. 413, 414 ГК регулируют различные правовые отношения: ст. 413 ГК - только обязанность продавца на получение согласия на передачу ему товара, обремененного правами и притязаниями третьих лиц, а ст. 414 ГК - случаи изъятия у покупателя товара по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи.

При предъявлении к покупателю иска об изъятии товара по основанию, возникшему до его передачи, покупатель обязан привлечь к участию в деле продавца под страхом возможных неблагоприятных последствий неисполнения этой обязанности (п. 1 ст. 415 ГК). Непривлечение продавца к участию в деле может лишить покупателя права на возмещение убытков, возникших в связи с изъятием приобретенного товара, если впоследствии продавец товара докажет, что, приняв участие в деле, он мог бы предотвратить изъятие товара у покупателя (п. 2 ст. 415 ГК). Непринятие продавцом участия в деле, когда покупателем были предприняты все необходимые действия по привлечению продавца к такому участию, лишает последнего права доказывать неправильность ведения дела покупателем (п. 3 ст. 415 ГК).

Соответственно с учетом вышеуказанных правил, в случае изъятия в установленном порядке (истребование из незаконного владения, изъятие предмета залога и обращение на него взыскания и т. д.) переданного покупателю (и приобретенного им)

товара третьими лицами (в случае осуществления прав, вытекающих из обременений, либо признания правомерными притязаний на предмет купли-продажи) по основаниям, возникшим до принятия товара покупателем, продавец, не исполнивший обязанность передать товар свободный от прав и притязаний третьих лиц либо не получивший согласия покупателя на принятие такого товара, обязан возместить покупателю понесенные им убытки (п. 1 ст. 414 ГК).

В соответствии с общими положениями о купле-продаже не допускается заключение соглашения стороной об освобождении продавца от ответственности или ограничении ответственности. Любое подобное соглашение является недействительным (п. 2 ст. 414 ГК).

В то же время при изъятии третьими лицами товара у покупателя по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи, а также при непринятии участия в деле, когда покупатель предпринял все меры по привлечению продавца к такому участию, последний освобождается от ответственности, если докажет, что при заключении договора или принятии товара покупатель знал или должен был знать о наличии оснований, по которым товар был впоследствии изъят у него (п. 3 ст. 413 ГК).

В развитие норм ст. 273 ГК, общие положения о купле-продаже предусматривают случай, при котором покупатель вправе отказаться в одностороннем порядке от исполнения обязательств по договору купли-продажи - при отказе продавца передать товар (п. 1 ст. 416 ГК). Необходимо иметь в виду, что отказ продавца исполнить свою обязанность по передаче товара является нарушением условий договора и влечет для покупателя ответственность по возмещению покупателю убытков, вызванных таким нарушением, в соответствии с общими правилами о гражданско-правовой ответственности. В случае, если предметом договора купли-продажи является индивидуально-определенная вещь, покупатель вправе либо отказаться от исполнения договора и требовать возмещения убытков (в том числе и с применением правил ст. 356 ГК), либо требовать изъятия и передачи ему товара в соответствии с правилами, предусмотренными ст. 355 ГК, и требовать возмещения убытков, вызванных задержкой исполнения продавцом обязанности по передаче товара (п. 2 ст. 416 ГК).

При просрочке или отказе продавца передать принадлежности или иные документы, относящиеся к товару, покупатель вправе предоставить продавцу разумный срок для их передачи (п. 1 ст. 417 ГК). В случае неисполнения продавцом обязанности по передаче принадлежностей и документов и в этот разумный срок, покупатель вправе отказаться от принятия товара, если иное не предусмотрено договором. Отказ покупателя⁹ в этом случае от принятия товара вызывают последствия и ответственность продавца, аналогичные для случая неисполнения продавцом обязанности по передаче товара (п. 2 ст. 417 ГК).

Продавец обязан передать покупателю товар в количестве, определенном в договоре (ст. 418 ГК). Количество товара в совокупности с наименованием определяют предмет, в отношении которого заключается договор. Наименование товара и его количество относятся к существенным условиям договора о

купле-продаже, требующим обязательного согласования сторонами.

Количество товара может быть определено в договоре в натуральном выражении в фиксированном размере в различных, в зависимости от свойств товара, единицах измерения (поштучно, в метрах, граммах, ваттах или иных единицах измерения), в денежном выражении (количество товара на определенную сумму денег) либо иным способом (например, предметом договора может быть урожай следующего года, количество тепло- или электроэнергии, определяемое на основании показаний счетчика учета ее потребления). Условиями договора купли-продажи при наличии общего количества товара может быть предусмотрено также и количество товара, подлежащего периодической передаче покупателю, например, согласно графика частичной передачи, поставки товара и т. д.

Нарушение продавцом условий договора о количестве товара влечет ответственность последнего в соответствии с общими нормами ГК об ответственности за нарушение обязательства (ст. ст. 349-366 ГК). Покупатель вправе требовать надлежащего исполнения и возмещения убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением условий обязательства по количеству, в том числе и уплаты неустойки, если она предусмотрена законодательными актами (для отдельных видов купли-продажи) или договором, предпринимать действия по получению исполнения за счет ненадлежаще исполнившего свои обязанности продавца. Если по условиям договора предметом купли-продажи является индивидуально-определенная вещь, покупатель также вправе истребовать ее в соответствии с правилами ст. 355 ГК.

Помимо этого, при передаче товара покупателю в нарушение условий договора в меньшем количестве, покупатель имеет право отказаться от переданного товара и его оплаты, а в случаях его оплаты (частичной оплаты) - потребовать возврата уплаченной за него денежной суммы (п. 1 ст. 419 ГК). Такой отказ покупателя не лишает его права требовать возмещения убытков, причиненных ему вследствие отказа от договора. Просрочка продавца по возврату уплаченной покупателем денежной суммы при его отказе от переданного товара является основанием ответственности продавца перед покупателем в соответствии со ст. 355 ГК. Правила о возможности отказа покупателя от переданного товара и его оплаты при передаче продавцом товара в меньшем количестве применяются в случаях, если иное не предусмотрено договором. Например, в договоре может быть предусмотрена невозможность такого отказа, прекращение договора уплатой штрафной неустойки и т. д.

Передача продавцом товара в большем, чем предусмотрено договором количестве не обязывает, по общему правилу, покупателя к приему товара и его оплате (п. 2 ст. 419 ГК). Покупатель обязан в установленный нормативными актами или договором, а при их отсутствии - в разумный срок известить продавца о том, что количество товара превышает указанное в договоре. Покупатель вправе, если иное не предусмотрено договором, принять товар, который передан ему сверх предусмотренного договором количества, если продавец в разумный срок после получения извещения не распорядился

товаром. При этом покупатель оплачивает принятый товар в количестве, превышающем указанное в договоре, по цене принятого в соответствии с условиями договора товара, если иная цена для такого товара не определена соглашением сторон (п. 3 ст. 419 ГК).

Немаловажное значение для отдельных видов договора купли-продажи имеет условие об ассортименте, под которым понимается перечень наименований однородного товара (вещей, определяемых родовыми признаками), с указанием количества его разновидностей в определенном соотношении (количественном, поштучно, процентном друг к другу и т. д.), различающихся между собой по видам, моделям, цветам и иным признакам, вытекающим из свойств товара. Условие об ассортименте не является неизменно присутствующим в договоре и либо предусматривается в соглашении сторон либо необходимость этого условия вытекает из существа обязательства (например, приобретение авторемонтным предприятием партии запчастей к автомобилям, приобретение организацией розничной торговли партии одежды и т. д.). В то же время условие об ассортименте имеет прямое отношение к условию о количестве товара, и поэтому, коль скоро в договоре купли-продажи оно предусмотрено, либо если условие об ассортименте вытекает из существа обязательства, то оно должно быть согласовано сторонами и относится к существенным условиям со всеми вытекающими из этого последствиями (в частности, признание договора незаключенным) (ст. 420 ГК). /

32

Нарушение условий об ассортименте влечет с некоторыми особенностями, вытекающими из существа условия об ассортименте, последствия, аналогичные нарушению условий о количестве товара (п. 1 ст. 421 ГК). При этом необходимо иметь в виду, что предусмотренные в ст. 421 ГК правила об ответственности продавца за нарушение условий об ассортименте являются, во-первых, диспозитивными, и они применяются в случаях, если иное не предусмотрено договором купли-продажи (п. 6 ст. 421 ГК), и, во-вторых, не исключают ответственности продавца в соответствии с общими правилами ГК об ответственности за нарушение обязательства.

Ассортимент, как правило, применяется при покупке товара, определяемого родовыми признаками, поэтому при неисполнении или ненадлежащем исполнении условий об ассортименте покупатель не вправе истребовать товар в соответствии с правилами ст. 355 ГК.

При передаче продавцом товара в ассортименте, не соответствующем договору, покупатель вправе, если иное не предусмотрено договором: либо потребовать замены товара, не соответствующего условиям договора об ассортименте; либо принять только товар, соответствующий таким условиям, отказавшись от остального товара; либо отказаться от принятия всей партии товара, либо принять всю партию товара, как соответствующего, так и не соответствующего условиям договора об ассортименте (п. 2 ст. 421 ГК).

В случае отказа от принятия товара либо предъявления требования о замене товара, не соответствующего условиям договора об ассортименте, покупатель также вправе, если иное не

установлено договором, отказаться от его оплаты, а если оплата была произведена - требовать возврата уплаченной денежной суммы (п. 3 ст. 421 ГК). Отказ от товара полностью или в части, не соответствующей условиям об ассортименте, не лишают покупателя права на взыскание с продавца неустойки, если она предусмотрена законодательными актами или условиями договора, и убытков, возникших в связи с нарушением продавцом условий договора купли-продажи, а при предъявлении требования о замене товара - взыскания убытков, возникших в связи с просрочкой передачи товара.

Отказ от принятия товара, не соответствующего условиям договора об ассортименте, равно и отказ от принятия всей партии товара при его частичном или полном несоответствии условиям об ассортименте, а также требование о замене такого товара, должны быть, если иное не установлено договором, заявлены покупателем в пятнадцатидневный срок после получения товара (п. 4 ст. 421 ГК). В противном случае, при не сообщении об отказе или не заявлении требования о замене, а также при пропуске срока для такого сообщения товар, по общему правилу, считается принятым покупателем (п. 5 ст. 421 ГК).

В случаях, когда не соответствующий условиям договора об ассортименте товар принимается покупателем, он должен быть оплачен по цене, согласованной сторонами договора купли-продажи. Обязанность по согласованию цены по общему правилу возлагается на продавца который должен, если иное не установлено договором, принять необходимые меры по согласованию цены в разумный срок после передачи товара и принятия его покупателем. Непринятие продавцом мер по согласованию цены дает покупателю право, если иное не установлено договором, самостоятельно определить и уплатить цену товара исходя из общих норм ГК о цене в возмездном договоре, когда она не предусмотрена и не может быть определена из условия договора (п. 3 ст. 385 ГК). Речь идет об оплате товара по цене, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары (п. 5 ст. 421 ГК).

Содержащиеся в пунктах 1-5 ст. 421 ГК правила применяются если иное не предусмотрено договором купли-продажи (п. 6 ст. 421 ГК).

Для отдельных видов договора купли-продажи необходимым условием является **условие о комплектности**, которое непосредственно связано с условием о предмете купли-продажи. Комплектностью признается определенная необходимая совокупность составных частей (наличие всех узлов, блоков, частей), характеризующая общностью их функционального назначения и определяющая, в конечном счете, сам предмет купли-продажи (п. 1 ст. 431 ГК). В отличие от принадлежностей, составляющие комплектность части необходимы для непосредственного использования товара по назначению. И, как правило эти части имеют конструктивно неразрывную связь с самим предметом купли-продажи, которая не позволяет использовать товар, определенный в качестве предмета договора, без какой-либо составляющей части, входящей в комплектность товара (в частности, в комплектность компьютера входит винчестер, в комплектность автомобиля - двигатель, и т.д.). Условие о комплектности в большинстве случаев определяется нормативно-техническими

документами, определяющими определенный товар (в частности, государственными, отраслевыми стандартами, технической документацией изготовителя и т.д.), и, как правило, в этом случае достаточно только определить товар, комплектность которого определяется в соответствии с техническими нормативами (п. 2 ст. 431 ГК). В то же время условия о комплектности могут быть отражены в договоре путем указания на определенный нормативный акт по стандартизации. При этом требования документов по комплектности определенного товара стороны принимают как договорные условия. Значительно реже комплектность определяется путем перечисления всех составных частей товара в договоре.

В частности, в комплектность компьютера входит монитор, системный блок, клавиатура, без которых невозможно его использование. В то же время возможна продажа компьютера, если это оговорено отдельно в договоре или в условиях продажи товара в магазине. В то же время, при приобретении компьютера (партии компьютеров), возможно отражение в договоре условия о комплектации товара в виде компьютера и монитора, возможно с добавлением иных составляющих - принтера, сканера и т.д., не составляющих единого целого с компьютером и являющихся дополнительными товарами. В этом случае имеется в виду комплект товаров - компьютера с дополнительными товарами.

Помимо комплектности особым условием купли-продажи определенного вида товаров является условие о комплекте. Комплектность и комплект, имея схожие черты, в то же время существенно отличаются друг от друга. Если комплектность определяется как совокупность частей, без которых невозможно использовать товар по его прямому назначению, при этом совокупность определяется именно сущностью товара, а не только требованием какой-либо стороны договора (по соглашению сторон возможно изменение комплектности, в том числе и по условиям, предусмотренным нормативно-техническим документам), то комплект является набором (п. 1 ст. 432 ГК), достаточно произвольным и обусловленным требованием покупателя об объединении в единую группу товаров, не связанных друг с другом функциональными и конструктивными параметрами (например, набор продуктов, приобретаемых в магазине, приобретение автомобиля в комплекте с прицепом и т. д.). Условие о комплекте определяется соглашением сторон, преимущественно по требованию покупателя, и их состав никак не может быть определен и не определяется никакими нормативными актами, нормативно-техническими документами, обычаями делового оборота.

Существуют различные последствия и в случае, когда комплектность или комплект товара не определен в договоре, но из сущности товара либо условий договора вытекает обязанность продавца передать товар либо в определенной комплектности, либо в определенном комплекте. Отсутствие в этом случае условий о комплектности не влияет никак на действительность договора, так как ее возможно определить либо по обычаям делового оборота, либо в соответствии с существующими в отношении этого товара техническими и иными стандартами, либо просто из предназначения и сущности товара.

Именно поэтому ГК содержит норму о том, что в случае, когда дого-

35

вором не определена комплектность товара, продавец обязан передать покупателю товар, комплектность которого определяется обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями (п. 2 ст. 431 ГК).

Если же в договоре не определен комплект товара (определены разновидности товара, входящие в комплект, но не определено количество каждого из них, либо не определены разновидности товара, входящие в комплект), но из его условий вытекает обязанность продавца передать товар в комплекте, такой договор считается незаключенным либо в связи с не достижением соглашения по предмету договора, если не определен перечень товара, входящего в комплект, либо как не соответствующий условиям о количестве товара, если не определено количество каждой его разновидности (п. 1 ст. 432 ГК).

Одной из особенностей договора купли-продажи, предусматривающего передачу товара в комплекте, является диспозитивное правило об обязанности продавца передать товар, входящий в комплект, одновременно, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства (п. 2 ст. 432 ГК). Данное правило вытекает из положений ГК о моменте исполнения обязательства по передаче товара в комплекте - обязательство продавца считается исполненным с момента передачи всех товаров, входящих в комплект.

Последствия нарушения условий о комплектности аналогичны последствиям нарушения условий о количестве или об ассортименте (п. 1 ст. 433 ГК). Покупатель вправе по своему выбору: 1) либо требовать, в зависимости от характера нарушения условий о комплектности, уменьшения покупной цены с учетом стоимости недоукомплектованной части товара или передачи товара, не соответствующего условиям о комплектности; доукомплектования товара в разумный срок; замены некомплектного товара на комплектный; 2) либо отказаться от исполнения договора, а если покупная цена была уплачена, - требовать возврата уплаченной денежной суммы. При этом покупатель в соответствии с общими положениями об ответственности за нарушение обязательства безусловно вправе требовать возмещения убытков, вызванных нарушением условий договора о комплектности. Так, при предъявлении требований об уменьшении покупной цены, о доукомплектовании, замене некомплектного товара на комплектный покупатель имеет также право на взыскание убытков, вызванных просрочкой исполнения, или неустойки за возникшую просрочку, если она предусмотрена договором. Отказ от исполнения договора также не лишает покупателя права на взыскание убытков, возникших в связи с неисполнением договора. Покупатель также имеет право при нарушении продавцом условий о комплектности предпринять меры по исполнению обязательства третьими лицами за счет продавца.

Нарушение условий о комплекте влечет те же последствия, что и при нарушении условий о комплектности, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из существа обязательства (п. 2 ст. 433 ГК). Например, если из договора вытекает обязанность продавца передать товар в комплекте, но невозможно определить, в

каком конкретном комплекте должен быть передан товар, то такой договор может быть признан недействительным.

Существенное значение для договора купли-продажи имеют обязанности продавца, связанные с передачей товара надлежащего качества. Качество товара считается надлежащим, если оно соответствует условиям договора (п. 1 ст. 422 ГК). Одним из ключевых правил о качестве является то, что товар должен соответствовать условиям договора о качестве в момент передачи товара покупателю, если договором прямо не определен иной момент, с которым стороны связывают надлежащее исполнение продавцом условий о качестве товара, например, более поздний - момент принятия товара от перевозчика.

Условие о качестве является обычным условием договора купли-продажи, устанавливаемым, как правило, самими сторонами договора (п. 1 ст. 422 ГК). При этом в договоре может быть предусмотрено как конкретное требование к качеству товара, так и порядок его определения. Например, в договоре может быть предусмотрено определение качества соответствием его определенным стандартам (ГОСТам, ОСТам); образцам, служащим эталоном качества для продаваемых товаров; спецификации (описанию) товара, являющимся техническим документом и принадлежностью большинства сложных промышленных товаров и т.д. Допускается определение качества товара путем предварительного предпродажного осмотра товара покупателем или по его поручению специалистом для определения качества товара и соответствия цены этому качеству, что довольно часто применяется при аукционной продаже заложенного имущества, приватизируемого государственного имущества, антикварных ценностей. Условие о качестве считается соблюденным и в том случае, когда покупатель был извещен о недостатках продаваемого товара и дал согласие на его приобретение с недостатками.

В то же время в сфере предпринимательской деятельности продавцов существуют определенные изъятия из общего правила свободы определения сторонами качества продаваемого товара. В установленном законодательными актами порядке могут быть предусмотрены обязательные требования к качеству отдельных видов продаваемого товара, например, в отношении продуктов питания, бытовых товаров и т. д., и эти требования закреплены, как правило, в стандартах. В таких случаях продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, должен передать покупателю товар, соответствующий обязательным требованиям. Данное правило является императивным, не допускающим возможность соглашением сторон снизить требования к качеству товара по сравнению с обязательными. В то же время нет никакого препятствия в последнем случае соглашением сторон предусмотреть более высокие требования к качеству товара, чем определяемые в соответствии с обязательными требованиями (п. 4 ст. 422 ГК).

Отсутствие в договоре купли-продажи условий о качестве товара или порядке его определения никак не влияет на действительность договора, так как для этих случаев ГК предусматривает правила по определению качества товара, подлежащего передаче покупателю.

„Качество товара в таком случае определяется пригодностью к его использованию для обычных целей

товара такого рода, или для конкретных случаев приобретения товара покупателем, если продавец был поставлен в известность при заключении договора о целях приобретения товара.

У другой стороной обязанности продавца по передаче товара, связанной с условием о качестве, является обязанность передать товар покупателю пригодным для использования. Это есть качество которого соответствует возможности его применения по назначению. При этом, если продавцу неизвестно, для каких конкретных целей приобретается товар, он должен быть пригодным для целей, обычного использования товара такого рода (п. 2 ст. 422 ГК).

С определением пригодности товара к использованию тесно связаны понятия: **срока годности и гарантийного срока товара**, являющихся временными критериями качества товара для нормального его использования по назначению. При этом, как правило, понятие гарантийного срока связывается с товаром, относящимся к не потребляемым вещам, а срок годности - с товаром, относящимся к потребляемым. Имея общее целевое назначение, срок годности и гарантийный срок существенно различаются порядком определения, основаниями возникновения, последствиями истечения и действием во времени.

Срок годности устанавливается нормативными актами, и поэтому не может быть изменен ни изготовителем, ни сторонами договора купли-продажи. Нормативными актами предусматриваются случаи, когда срок годности должен быть обязательно указан на товаре.

Сроком годности признается определенный нормативными актами период времени, по истечении которого товар считается непригодным для использования по назначению и не может быть реализован. Период времени может быть определен как указанием даты изготовления и срока годности, так и указанием конечной даты годности товара (п. 1 ст. 423 ГК).

При истечении срока годности товар не может быть реализован, так как одним из общих условий передачи товара по договору купли-продажи является его пригодность в момент передачи (или иной определенный сторонами момент) к использованию по назначению. При этом при передаче товара, в отношении которого установлен срок годности, продавец, помимо пригодности товара в момент передачи, также обязан передать товар с таким расчетом, чтобы он в разумный срок с момента передачи мог быть использован покупателем по назначению до истечения срока годности (п. 2 ст. 423 ГК).

Гарантийный срок имеет много внешних схожих черт со сроком годности. Гарантийным сроком признается период времени, в течение которого товар должен быть пригодным для его использования в соответствии с целями его обычного использования (п. 1 ст. 425 ГК). Гарантийный срок, как и срок годности, может предусматриваться нормативными актами (законодательством, обязательными требованиями государственных стандартов или другими обязательными требованиями), что вытекает из содержания норм ГК о купле-продаже и о качестве товара - товар должен быть передан покупателю пригодным к употреблению. В случаях же, когда законодательными актами предусмотрены обязательные требования к качеству продаваемого

товара - товар должен быть передан соответствующим этим требованиям. В то же время, в отличие от срока годности, гарантийный срок может быть установлен самостоятельно изготовителем, либо соглашением сторон договора купли-продажи. В случаях, когда гарантийный срок предусмотрен нормативными актами, он может быть изменен изготовителем либо соглашением сторон только в сторону его увеличения.

Отсутствие срока годности или гарантийного срока обязывает продавца передать товар такого качества, которое позволяет использовать его в пределах разумного срока после передачи покупателю. И в этом случае разумный срок выступает в роли гарантийного со всеми вытекающими из этого последствиями.

Необходимость решения вопроса о соответствии качества продаваемого товара условиям договора обуславливают проведение проверки качества товара. Необходимость такой проверки может содержаться как в требованиях законодательства в отношении купли-продажи отдельных видов товара, так и в условиях любого договора купли-продажи, в котором предусмотрена проверка качества товара (п. 1 ст. 427 ГК).

ГК не содержит конкретных методов проведения проверки качества товара в связи с невозможностью их законодательного закрепления. В то же время ГК предусматривает правило, в соответствии с которым проверка качества должна проводиться в соответствии с требованиями, установленными в законодательстве или договоре, из которых вытекает необходимость проведения проверки качества. Как правило, нормативные акты, содержащие обязательные стандарты к качеству продаваемых отдельных видов товара, предусматривают и указания по проведению проверки качества. В то же время отсутствие методов проверки в случае, если в договоре или законодательных актах предусматривается условие о проведении проверки, никак не влияет на действительность договора. Для этих случаев в ГК предусмотрена норма, в соответствии с которой проверка качества должна производиться в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору (п. 2 ст. 427 ГК).

Осуществление проверки качества товара является, как правило, обязанностью покупателя. В то же время договором или законодательными актами, нормативными актами по стандартизации такая обязанность может быть возложена на продавца (п. 3 ст. 427 ГК). В этом случае продавец обязан по требованию покупателя представить доказательства осуществления проверки качества, а неосуществление такой проверки является нарушением обязанностей продавца по исполнению договора купли-продажи.

По общему правилу, товар должен быть передан покупателю в таре и (или) упаковке, и **условия о таре и упаковке** непосредственно связаны с качеством товара (п. 1 ст. 434 ГК). Без тары и (или) упаковки товар может быть передан при наличии об этом соглашения сторон по договору купли-продажи, если это вытекает из существа обязательства или характера товара. В то же время правило о возможности соглашения сторон о передаче товара без тары и (или) упаковки неприменимо в случаях, когда в установленном законодательными актами порядке предусмотрены обязательные требования к таре и (или) упаковке для продажи в ходе осуществления предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 434 ГК).

При отсутствии в договоре требований к таре и (или) упаковке, продавец обязан передать товар покупателю затаренным и (или) упакованным обычным для такого товара способом, если только возможность передачи товара без тары и (или) упаковки не вытекает из существа обязательства или характера товара. При отсутствии же определенного обычая для затаривания и (или) упаковки какого-либо товара, продавец обязан затарить и (или) упаковать товар способом, 40 обеспечивающим сохранность при обычных условиях хранения и транспортировки товара такого рода (п. 2 ст. 434 ГК).

При передаче товара без надлежащей тары и (или) упаковки, если такая передача является неправомерной, покупатель вправе потребовать от продавца затарить или упаковать товар или заменить ненадлежащую тару и (или) упаковку (п. 1 ст. 435 ГК), либо предпринять действия, вытекающие из неисполнения продавцом условий договора о качестве товара: отказаться от исполнения договора и потребовать уплаченной суммы денег; потребовать соразмерного уменьшения покупной цены; потребовать замены незатаренного и (или) неупакованного товара

на затаренный и (или) упакованный; затарить и (или) упаковать товар самостоятельно и потребовать возмещения расходов, связанных с этим (п. 2 ст. 435 ГК).

Условия о количестве, ассортименте, качестве, комплектности, таре и упаковке являются условиями, непосредственно связанными с обязанностью продавца передать товар покупателю. Неисполнение или ненадлежащее исполнение этих условий влечет ответственность покупателя при соблюдении им порядка извещения продавца о ненадлежащем исполнении договора. Покупатель обязан известить продавца об этом в срок, предусмотренный ГК, законодательными актами, иными нормативными актами или договором. Если такой срок не установлен в нормативных актах или в договоре, то покупатель обязан известить продавца о нарушениях условий договора в разумный срок после того, как нарушение соответствующего условия должно было быть обнаружено, исходя из характера и назначения товара (п. 1 ст. 436 ГК). Нарушение порядка извещения продавца о ненадлежащем исполнении договора дает продавцу право отказаться полностью или частично от удовлетворения требований покупателя, если только несвоевременное извещение повлекло невозможность удовлетворения требований покупателя или влечет несоразмерные расходы для продавца по сравнению с теми, которые он понес бы при своевременном извещении (п. 2 ст. 436 ГК). Правило об отказе продавца от удовлетворения требований покупателя при нарушении последним порядка извещения о ненадлежащем исполнении договора не применяется, если продавец знал или должен был знать о том, что переданные покупателю товары не соответствуют условиям договора (п. 3 ст. 436 ГК).

Договор купли-продажи является взаимным, и обязанностям продавца соответствуют встречные обязанности покупателя: принять **товар** и уплатить его покупную цену.

Обязанность покупателя по принятию товара не является абстрактной и безусловной, и ее необходимо понимать с учетом общих принципов исполнения обязательства - покупатель обязан принять надлежащее исполнение продавцом обязанностей по договору. Нарушение исполнения обязательства со стороны продавца, например, нарушение условий о количестве, качестве, ассортименте, таре и упаковке и т.п., дает покупателю в определенных ГК, законодательными актами случаях право отказаться от исполнения договора (в том числе потребовать возврата уплаченной покупной цены) либо потребовать замены несоответствующего условиям договора товара. По общим правилам об исполнении обязательства односторонний отказ от исполнения не допускается, кроме случаев, когда такое право предоставлено законодательством или договором. Общие положения главы 25 ГК, как раз, и предусматривают для обязательства купли-продажи при наступлении определенных обстоятельств возможность для покупателя односторонне отказаться от исполнения договора (п. 1 ст. 437 ГК).

v Принятие товара покупателем является необходимым условием для исполнения продавцом обязанности по передаче товара. С моментом принятия товара, по общему правилу, связываются и момент передачи права собственности, переход риска случайной гибели или случайного повреждения

товара. Поэтому обязанность покупателя по принятию товара заключается и в обеспечении возможности продавца в передаче товара, и не обеспечение покупателем такой возможности является неисполнением им обязанности по принятию товара (п. 2 ст. 437 ГК). Например, при условии доставки товара продавцом покупатель должен сообщить отгрузочные реквизиты, при условии передачи товара в месте его нахождения - принять и вывезти предложенный продавцом товар и т.д.

Непосредственное содержание обязанности покупателя по принятию товара вытекает, как правило, из условий договора. В некоторых случаях для отдельных видов купли-продажи конкретное содержание такой обязанности может определяться нормативными актами. В частности, для поставки предусмотрена обязанность продавца по проведению осмотра товара в определенный договором и законодательными актами срок, а при отсутствии определенного срока - в разумный срок, обязанность при получении товара от транспортной организации по проверке соответствия товаров сведениям, указанным в сопроводительных документах и т. д.

Нарушение покупателем обязанности по принятию товара является основанием его ответственности перед продавцом по общим правилам ГК об ответственности кредитора за просрочку принятия исполнения по обязательству. В соответствии с этими правилами продавец вправе взыскать с покупателя убытки, причиненные в связи непринятием или просрочкой в принятии товара покупателем. Помимо этого, при нарушении покупателем обязанности по приему товара, продавец вправе потребовать от покупателя принятия товара в разумный срок либо отказаться от исполнения договора (п. 3 ст. 437 ГК). Последнее правило также является развитием положений ст. 273 ГК и одной из особенностей правового регулирования такого вида обязательства, как купля-продажа.

Обязанность по уплате покупной цены вытекает из возмездного характера обязательства купли-продажи и заключается в передаче продавцу определенной денежной суммы. Покупная цена товара определяется, как правило, сторонами договора (п. 1 ст. 438 ГК). При этом возможно как непосредственное определение в договоре размера денежной суммы, так и указание способа определения покупной цены без указания конкретной величины. Например, определение цены единицы товара, единицы веса товара, соглашение о применении цен определенной биржи на продаваемый товар в момент его передачи, определение цены товара в эквиваленте иностранной валюты и т. д.

В ряде случаев в отношении отдельных видов товара либо в отношении отдельной категории продавцов-предпринимателей (в частности, естественных монополистов) возможно ограничение законодательными актами свободы договора по условиям цены товара. В этих случаях применяются утвержденные уполномоченным государственным органом или определенные в нормативных актах тарифы, расценки, ставки и т. д. Помимо этого, свобода договора по самостоятельному определению цены товара в каждом конкретном случае ограничивается для договоров, относящихся к публичным. В публичных договорах купли-продажи цена устанавливается единой для всех покупателей, в частности, это имеет место в договорах розничной купли-продажи.

Цена договора не является, по общему правилу, существенным условием договора купли-продажи в связи с общей восполняющей нормой ГК о порядке определения цены возмездного договора. В то же время цена может быть существенным условием договора купли-продажи в случаях, прямо предусмотренных законодательными актами либо при продаже индивидуально-определенной вещи, не имеющей аналогов, например, при продаже товара в рассрочку, продаже предприятия и в некоторых других случаях. Во всех остальных случаях при отсутствии в договоре условия о цене товар должен быть оплачен по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары (п. 1 ст. 438 ГК).

Покупатель обязан уплатить покупную цену в срок и в порядке, определенных условиями договора. При этом договором могут предусматриваться следующие порядок и формы расчетов покупателя за купленный товар: частичная или полная предоплата, аккредитивная форма расчетов, чековая форма расчетов, оплата товара по истечению какого-либо срока (продажа в кредит), рассрочка платежа и т.п. В случае, когда законодательными актами для отдельных видов купли-продажи предусматривается определенный срок платежа, покупатель обязан уплатить покупную цену в этот срок. Отсутствие в договоре или в законодательных актах специального срока для уплаты покупной цены, а также невозможность определения его из условий договора никак не влияет на действительность договора, так как в ГК имеются нормы на этот случай: покупатель обязан уплатить покупную цену немедленно с момента передачи ему товара или товарораспорядительных документов в полном размере (п. 1 ст. 439 ГК).

При надлежащем исполнении продавцом обязанности по передаче товара неисполнение покупателем своей обязанности по уплате цены является основанием его ответственности как по возмещению продавцу возникших у него в связи с этим убытков, в том числе и в связи с просрочкой исполнения обязанности по уплате, так и по уплате неустойки за неправомерное пользование чужими денежными средствами. Помимо этого, продавец, как и в случае отказа от принятия покупателем товара, при неоплате в установленном порядке имеет право либо потребовать надлежащего исполнения этой обязанности покупателем, либо отказаться от исполнения договора (п. 4 ст. 439 ГК). Неоплата покупателем партии (части) переданного товара, когда продавец должен передать по договору другие товары, дает последнему право приостановить передачу этих товаров до полной оплаты ранее переданных, если иное не предусмотрено договором или законодательными актами для отдельных видов купли-продажи (п. 5 ст. 439 ГК).

Обязанность по немедленной оплате с момента передачи товара или товарораспорядительных документов может быть предусмотрена и условиями договора купли-продажи. В то же время возможно условиями договора предусмотреть оплату товара как до, так и после его передачи.

Обязанность покупателя оплатить товар полностью или частично до его передачи продавцом называется **предварительной оплатой** (п. 1 ст. 440 ГК). Предварительная оплата должна быть произведена в определенный срок с момента заключения договора или иного момента, определенного договором,

например, извещение продавца о готовности отгрузить товар либо о готовности предоставить его в распоряжение покупателя. Отсутствие срока производства предварительной оплаты, когда производство предварительной оплаты предусмотрено условиями договора, не влияет на действительность такого / договора, так как в этом случае необходимо применение общих положений о сроке выполнения обязательства, закрепленных в ст. 277 ГК.

Неисполнение покупателем обязанности по производству предварительной оплаты предоставляет продавцу право отказаться от исполнения договора и освобождает его от исполнения всех возложенных на него обязанностей по договору купли-продажи, если иное не предусмотрено договором или не установлено законодательными актами, регулирующими отдельные виды купли-продажи. Отказ продавца от исполнения договора в этом случае не освобождает покупателя от возмещения убытков продавца, возникших в связи с неисполнением покупателем своих обязанностей по договору (п. 2 ст. 440 ГК).

В свою очередь, нарушение продавцом обязанностей по передаче товара после получения им суммы предварительной оплаты предоставляет покупателю право по своему выбору либо требовать с продавца надлежащего исполнения договора, либо в соответствии с общими правилами о последствиях неисполнения продавцом обязанности по передаче товара отказаться от исполнения договора и требовать возврата уплаченной денежной суммы (п. 3 ст. 440 ГК). Как при требовании надлежащего исполнения договора, так и при отказе от исполнения договора покупатель имеет право на взыскание убытков, возникших вследствие нарушения продавцом обязательства по купле-продаже. Покупатель также имеет право на взыскание неустойки за неправомерное пользование уплаченной денежной суммой со дня, когда по условиям договора должна быть произведена передача товара, и до дня фактической передачи товара покупателю либо до дня возврата ему суммы предварительной оплаты, если только договором не предусмотрено взыскание этой неустойки со дня получения продавцом предварительной оплаты (п. 4 ст. 440 ГК).

Продажей товара в кредит называется разновидность договора купли-продажи, характерной чертой которой является оплата товара через определенное время после его передачи покупателю. В этом случае покупатель обязан произвести оплату в срок, предусмотренный договором (п. 1 ст. 441 ГК).

Осуществление оплаты при продаже товара в кредит, как и при условии о предварительной оплате, относится к той форме оплаты, которая должна быть произведена в определенный срок с момента передачи товара или иного момента, с которого исчисляется срок осуществления оплаты при продаже в кредит, например, по истечении льготного срока после передачи товара. Отсутствие срока оплаты, когда условие о продаже в кредит предусмотрено договором, не влияет, по общему правилу, на действительность такого договора, так как в этом случае применимы общие положения о сроке выполнения обя-

зательства, закрепленные в ст. 277 ГК. Однако последнее правило неприменимо к договору продажи в кредит, в котором содержатся условия о рассрочке платежа, так как для договора продажи в кредит с рассрочкой платежа сроки осуществления платежей, наряду с ценой договора, порядком и размерами платежей, отнесены к существенным условиям такой разновидности купли-продажи, и недостижение соглашения по этим условиям влечет недействительность договора (и 1 ст. 442 ГК).

Нарушение продавцом обязанностей по передаче товара при условии продажи товара в кредит дает покупателю право по своему выбору либо требовать надлежащего исполнения договора, либо в соответствии с общими правилами о последствиях неисполнения продавцом обязанности по передаче товара отказаться от исполнения договора в соответствии с правилами ст. ст. 273, 284 ГК (п. 2 ст. 441 ГК).

В свою очередь, неисполнение покупателем в установленный срок обязанности по оплате товара, проданного в кредит, предоставляет продавцу, по общему правилу, право по своему усмотрению либо требовать надлежащего исполнения покупателем обязанностей по оплате полученного товара, либо отказаться от дальнейшего исполнения договора и требовать возврата неоплаченных товаров. Помимо требования о надлежащем исполнении договора продавец также вправе взыскать убытки, возникшие у него в связи с нарушением покупателем обязанности по оплате товара. Отказ продавца от исполнения договора также не освобождает покупателя от ответственности по возмещению убытков продавца, возникших у него в связи с неисполнением покупателем своих обязанностей. Продавец также имеет право на взыскание неустойки за неправомерное пользование чужими деньгами со дня, когда по условиям договора должен был быть произведен платеж, и до дня его фактического осуществления либо до дня возврата неоплаченного товара, если только договором не предусмотрено взыскание этой неустойки со дня получения покупателем товара (п. п. 3,4 ст. 441 ГК).

Продажа товара в кредит производится по цене, которая определена сторонами в договоре, или которую можно определить, исходя из его условия, а если цена не определена, и ее невозможно определить из условия договора - по цене на аналогичные товары в момент передачи товара. Перерасчет цены, при последующем изменении цен на проданный товар, по общему правилу, не производится, если только возможность производства такого перерасчета не вытекает из условия договора или не установлено законодательными актами для отдельных видов купли-продажи (п. 5 ст. 441 ГК).

Как уже упоминалось ранее, особой разновидностью договора является купля-продажа товара в кредит под условием рассрочки оплаты, то есть с условием оплаты товара в определенной договором периодичности платежей. Помимо общих существенных условий договора купли-продажи - предмета купли-продажи и количества товара, к существенным условиям договора купли-продажи с условием рассрочки платежа относятся также **условия о цене, порядке, сроках и размерах платежей** (п. 1 ст. 442 ГК).

К особенностям продажи товара в кредит под условием рассрочки платежа относится также право продавца, в случае нарушения покупателем срока производства очередного платежа, отказаться от исполнения договора и потребовать возврата проданного товара, если только сумма произведенных покупателем платежей не превышает половины цены товара (п. 2 ст. 442 ГК). Договором могут быть предусмотрены иные последствия для случаев просрочки покупателем производства очередных платежей, чем отказ от исполнения договора (например, взыскание неустойки).

Одним из условий договора купли-продажи может являться также страхование продаваемого товара. Условие о страховании относится к случайным условиям договора, то есть к таким, которые не являются неизменными и обязательными для купли-продажи (п. 1 ст. 443 ГК). В то же время условие о страховании может быть предусмотрено по соглашению сторон, в том числе и по заявлению одной из сторон при заключении договора, и в этом случае оно будет относиться к существенным условиям. Соглашением сторон может быть предусмотрено возложение обязанности по страхованию как на продавца, так и на покупателя. Неисполнение условия о страховании стороной, обязанной застраховать товар, предоставляет другой стороне право либо застраховать товар за свой счет и потребовать от обязанной стороны возмещения расходов на страхование, либо отказаться от исполнения договора в связи со существенным нарушением другой стороной условий договора (п. 2 ст. 443 ГК).

Другим случайным условием договора купли-продажи может являться **условие о сохранении права собственности на товар за продавцом** до полной оплаты товара или наступления иных предусмотренных договором обстоятельств. В случаях, когда такое условие предусмотрено договором купли-продажи, покупатель не вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться товаром, в том числе и отчуждать его. Последнее правило является диспозитивным и применяется, если иное не предусмотрено договором, законодательными актами либо не вытекает из назначения и свойств товара. Поэтому в случаях, когда условиями договора покупателю предоставлено право распоряжения товаром, продавец не может требовать возврата товара, в том числе и истребовать его от третьих лиц (ст. 444 ГК).

§ 2. Розничная купля-продажа

Договор розничной купли-продажи является наиболее распространенной разновидностью купли-продажи в нашей повседневной жизни. По договору розничной купли-продажи продавец, осуществляющий предпринимательскую

деятельность по продаже товаров, обязуется передать покупателю товары, обычно предназначенные для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью (ст. 445 ГК).

Основными признаками такого договора, которые позволяют выделить его в особую разновидность и отграничить от иных видов договоров купли-продажи, являются характеристика **продавца как предпринимателя** (осуществляющего продажу товара в качестве предпринимательской деятельности), **продажа товара в розницу** (то есть непосредственная продажа товаров потребителям и, как правило, в единичных количествах, необходимых отдельному потребителю) и **публичный его характер**, вытекающий из розничного и предпринимательского характера торговли и предполагающий заключение этого вида договора с любым, кто обратился к продавцу.

Продавец-предприниматель, осуществляя торговую деятельность, может не ограничиваться продажей товара только в розницу и осуществлять, помимо этого, торговлю товара оптом. На практике существует немало торговых организаций, осуществляющих продажу как оптом, так и в розницу, а также предприятий-изготовителей, осуществляющих, помимо поставки своей продукции розничным торговым организациям, розничную торговлю производимой продукцией через сеть своих магазинов. Но при этом правила ГК о розничной купле-продаже будут распространяться только на случаи продажи товара в розницу, продажа же товара оптом будет регулироваться, в зависимости от соответствующего существа обязательства, либо общими положениями о купле-продаже, либо правилами о поставке товара.

Спецификой предмета договора розничной купли-продажи является то, что он представлен товаром, обычно предназначенным **для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью**. Необходимо в связи этим отметить, что специфика товара при розничной купле-продаже имеет факультативное значение и не является определяющим для этого вида договора купли-продажи. Определяющим для договора розничной купли-продажи является продажа товара в розницу (а значит, и на условиях публичного договора) **продавцом-предпринимателем**, и в этом случае предназначение товара не имеет никакого значения. В то же время перечень товаров, реализуемых в розничной торговле, очень разнообразен. Один и тот же товар может использоваться или не использоваться в предпринимательской деятельности. Определенный товар, используемый, как правило, в предпринимательской деятельности, с изменением потребительского спроса или социально-экономических условий, может реализовываться в розницу.

Как правило, покупателем по договору розничной купли-продажи выступает гражданин, не являющийся предпринимателем, либо некоммерческая организация. Фигура покупателя, так же как и специфика товара, по большей части имеет факультативное значение. Неоднократно случаи приобретения товаров в розничной торговле и гражданами-предпринимателями, например, оказывающими услуги в сфере питания

Законодательством допускается занятие некоммерческими организациями предпринимательской деятельностью при условии, если это соответствует ее уставным целям. И в этих случаях весьма возможно приобретение некоммерческой организацией товаров в розничной торговле для целей предпринимательства. Хотя в отношении коммерческих организаций существует презумпция, что все совершаемые ими сделки носят предпринимательский характер, допустимо все же и их участие в розничной торговле в качестве покупателя. Как правило, коммерческие организации приобретают товары в розничной торговле для использования, не связанного с предпринимательской деятельностью. В то же время само определение целей использования довольно условно и не подпадает под однозначное толкование для различных случаев. К тому же, если в законодательстве нет прямых запретов на приобретение отдельных видов товаров в розничной торговле коммерческими организациями либо приобретение отдельных видов товара для их использования в предпринимательской деятельности, то нет никаких преград для приобретения товаров в розничной торговле коммерческими организациями для использования и в предпринимательских целях. На практике этот вопрос по большей части решается экономическими ценовыми законами, в соответствии с которыми коммерческим организациям, как правило, выгодней приобретать товары для использования в предпринимательской деятельности либо напрямую у изготовителя, либо у продавцов, осуществляющих оптовую торговлю, что обуславливает применение для этих случаев иных видов договора купли-продажи (поставка, купля-продажа оптом и т. д.).

Договор розничной купли-продажи имеет ряд особенностей по форме, порядку заключения, существенным условиям, обязанностям продавца, а также его ответственности.

Договор розничной купли-продажи может заключаться в любой **форме**, но его специфика предполагает устную форму, что обусловлено непосредственным исполнением сделки по розничной купле-продаже в момент ее совершения. К тому же публичный характер розничной торговли и, соответственно, отнесение договора розничной купли-продажи к публичным договорам предполагает унификацию порядка заключения договоров каждой розничной торговой организацией. Поэтому порядок заключения договора и его форма определяются в каждом конкретном случае с учетом правил проведения торговли данной организацией, и отношения между покупателем и продавцом подпадают под общие правила ГК о договоре присоединения (ст. 446 ГК).

Для торговли отдельными видами товаров законодательством могут быть предусмотрены особые правила, в частности, торговля автомобилями предполагает оформление купли-продажи счет-справками особой формы, для приобретения алкогольной и табачной продукции имеются возрастные ограничения для покупателя и т. д. В то же время ГК предусматривает норму о моменте заключения договора розничной купли-продажи на случай, если таких правил у торговой организации не имеется или если законодательством не предусмотрены какие-то особые правила для

торговли отдельными видами товаров. Поскольку иное не предусмотрено договором или законодательными актами, момент заключения договора розничной купли-продажи будет считаться момент выдачи продавцом покупателю документа, подтверждающего оплату последним товара, например, кассового или товарного чека и т.д. (ст. 446 ГК).

В то же время для отдельных видов розничной купли-продажи законодательными актами могут быть предусмотрены особые правила заключения договора и, соответственно, порядок определения момента такого заключения. В частности, при продаже товаров с использованием автоматов, при котором продавец не выдает никаких документов в подтверждение оплаты покупателем товара, договор считается заключенным с момента совершения покупателем действий, необходимых для получения товара (п. 2 ст. 451 ГК).

В случае же, если продавец не выдает никаких документов в подтверждение оплаты покупателем стоимости товара и законодательными актами не предусмотрены специальные правила по порядку заключения такого договора, момент заключения договора розничной купли-продажи должен определяться в соответствии с общими положениями о купле-продаже (параграф 1 главы 25 ГК), так как в части, не урегулированной специальными правилами параграфов 2-6 главы 25, правила параграфа 1 применимы к любой разновидности договора

купли-продажи.

Так как для договора розничной купли-продажи не имеется требование по письменной форме, и он может заключаться устно, стороны договора розничной купли-продажи имеют возможность подтверждать совершение, содержание и исполнение купли-продажи свидетельскими показаниями. Отсутствие у розничного покупателя документов об оплате товара также не лишает его возможности ссылаться на свидетельские показания в подтверждение заключения договора и его условий (ст. 446 ГК).

Публичный характер договора розничной купли-продажи обуславливает **публичный характер оферты продавца**. При этом выставление товара в витринах, на прилавке, демонстрация их образцов или предоставление сведений о продаваемых товарах в месте продажи признается публичной офертой независимо от того, указана ли при этом цена и иные существенные условия договора купли-продажи (п. 1 ст. 447 ГК). Исключением из этого правила является только случай, когда продавец явно определил, что соответствующий товар не предназначен для продажи, например, указание о том, что выставленный товар не продается. Безусловно, предметы, являющиеся художественным оформлением торгового зала, витрины, прилавки, торговое оборудование не будут относиться к продаваемому товару, и в отношении их неприменимы правила о публичной оферте.

Под выставлением товара, его демонстрацией или предоставлением сведений о продаваемых товарах необходимо понимать также и предоставление покупателю описаний, каталогов, фотоснимков или иных форм ознакомления с товаром, обращенное к неопределенному кругу лиц, но только в месте осуществления продажи товара.

В то же время предложение товара, указанное в его рекламе, каталогах, а также в описаниях товара, обращенное к неопределенному кругу лиц не в месте продажи товара и не содержащее существенных условий договора купли-продажи, не будет относиться к публичной оферте (п. 2 ст. 447 ГК).

Цена по договору розничной купли-продажи определяется **продавцом** ввиду публичности этого вида договора (п. 1 ст. 453 ГК). Покупатель вправе или принять условие о цене, или отказаться от **договора**, если цена товара его не устраивает. В этом также проявляется публичность договора розничной купли-продажи и оформление этого **договора** по большей части в качестве договора присоединения вне зависимости от письменной или устной формы.

У договора розничной купли-продажи имеются некоторые существенные особенности по сравнению с общими положениями о купле-продаже и **по оплате товара**, когда условиями договора предусматривается предварительная оплата или продажа товара в кредит (в том числе и с условиями рассрочки платежа).

Покупатель по **договору розничной купли-продажи с условиями предварительной оплаты товара** вправе в одностороннем порядке до оплаты отказаться от исполнения договора, и неоплата в срок, установленный договором, означает (предполагает) отказ покупателя от исполнения договора, если иное не установлено соглашением сторон. Правила же ст. 440 ГК могут применяться к регулированию отношений по договору розничной купли-продажи с условиями предварительной оплаты товара только с учетом указанных особенностей в части прав покупателя на односторонний отказ от исполнения договора до уплаты.

Другая особенность договора розничной купли-продажи, содержащего в себе условия по **продаже товара в кредит**, в том числе и с рассрочкой платежа, закреплена в п. 3 ст. 453 ГК. В частности, п. 3 ст. 453 ГК предусматривает императивное правило об исключении возможности начисления как законной, так и договорной неустойки на просроченные платежи по договорам розничной купли-продажи товара в кредит. В соответствии с указанным правилом любое условие договора розничной купли-продажи товара в кредит о начислении неустойки (пени, штрафа) на просроченные платежи будет недействительным (п. 3 ст. 453 ГК).

Покупатель по договору розничной купли-продажи с условиями о рассрочке платежа также имеет право по своему усмотрению оплатить товар в любое время, в пределах установленного договором периода рассрочки платежа, в том числе либо досрочно, либо отказаться от периодических платежей и уплатить всю покупную цену в последний день срока, установленного для рассрочки платежа. С учетом последнего правила об оплате товара покупателем в любое время периода для рассрочки платежа и предыдущего правила о невозможности начисления неустойки на просроченные платежи условия о рассрочке платежа по договору розничной купли-продажи всегда устанавливаются для покупателя условия по оплате товара в любое время по усмотрению покупателя в период, установленный для рассрочки (п. 4 ст. 453 ГК).

В большинстве случаев момент заключения и момент исполнения продавцом обязанности по передаче предмета договора розничной купли-продажи совпадает. В то же время существуют разновидности договора розничной купли-продажи, в соответствии с условиями ко-

52
заключения и исполнения могут не совпадать. Такими ^{ТОР}являются ^{мГ}догово^А розничной купли-продажи являются дого- ра Г«м принятия покупателем товара в определенный срок, ^{ВОР}говор с **условием о** доставке товара покупателю, договор продаж товаров ^{псф}образцам, когда товар доставляется продавцом покупателе-

люГо—Гс³ догов^Ио^Нр^аом^Тр²зничной купли-продажи с усло- п^Инятия **товара в определенный срок** продавец не вправе ^Впокупателю до окончания срока для принятия

При покупке товара вне зависимости от условий об оплате товара, так договора купли-продажи может заключаться по условиям по оплате - предварительная оплата,

S-:Ss5=sks==S=

должна осуществляться доставка (п. 1 ст. 452 ГК).
Договор розничной купли-продажи с условием о доставке товара считается заключенным с момента вручения товара.
В договоре может быть указано место вручения товара как в месте жительства покупателя, если он является физическим лицом, и в любом ином, указанном покупателем месте. Обязательность по вручению товара покупателю считается исполненной также при вручении товара лицу, предъявившему квитанцию или документ, свидетельствующий о заключении договора или об оформлении документа, свидетельствующего о вручении товара (ст. 452 ГК). С учетом того, что все же квитанция или иной документ, свидетельствующий о доставке, не является ценной бумагой, необходимо отметить что исполнение обязательства продавцом ненадлежащему лицу, например

5;
при краже квитанции и предъявлении ее к исполнению воров не освобождает его от надлежащего исполнения договора покупателю если продавец не докажет, что предпринял все необходимые меры, вытекающие из требований ст. 275 ГК. Правило о моменте исполнения договора розничной купли-продажи с условиями о доставке сформулировано ГК диспозитивно, и иной порядок определения исполнения договора может быть предусмотрен законодательными актами, договором или вытекать из существа обязательства (п. 2 ст. 452 ГК).

Договор розничной купли-продажи товаров по образцам представляет собой договор, характерной чертой которого является приобретение покупателем товара, аналогичного представленному ему продавцом образцу. Ознакомление с образцами товаров может осуществляться покупателем как в демонстрационных торговых помещениях продавца, где выставляются образцы, так и путем ознакомления с представленными продавцом каталогами, описаниями товаров технической документацией и иными сведениями (п. 1 ст. 450 ГК).

Договор купли-продажи товаров по образцам также содержит условие по доставке товара

покупателю (п. 2 ст. 450 ГК). Необходимо отметить, что условие о доставке товара покупателю по договору купли-продажи товаров по образцам закреплено в законодательстве диспозитивно на случай, если иное не установлено договором или законодательными актами. Но в отличие от договора с условием доставки товара покупателю в договоре купли-продажи товаров по образцам, содержащим условие доставки товара покупателю, условие о месте доставки не является существенным, так как в п. 2 ст. 450 содержится правило на этот случай: при отсутствии в договоре условия о месте доставки товара доставка продавцом выбранного товара по месту жительства покупателя-гражданина либо по месту нахождения покупателя - юридического лица считается надлежащим исполнением договора (п. 2 ст. 450 ГК).

«о ДОГОВОРЕ КУПИЛИ» Продажи товара^{Р^{ов}} по образцам покупатель до передачи ему товара вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора. Однако отказ от исполнения договора не освобождает покупателя от возмещения действительных и разумных расходов, произведенных продавцом в связи с совершением им действий по исполнению договора. Вопрос о разумности расходов при этом

та^{эйг}™случае с учетом всех обстоя-

Одной из особенностей **договора розничной купли-продажи не-**

т^м п^тт^твенных товаров является право покупателя обменять товар, проданный ему и отвечающий требованиям по качеству но который не подошел ему по размеру, форме, габаритам, фасону, комплектации и другим аналогичным характеристикам (п. 1 ст. 454 ГК). Покупатель вправе обменять такой товар на аналогичный, подходящий ему экземпляр, а при отсутствии необходимого для обмена товара - у продавца - возвратить приобретенный товар и получить назад уплаченную за него денежную сумму (п. 2 ст. 454 ГК). При этом покупатель может воспользоваться своим правом на обмен товара (а при отсутствии необходимого товара - на возврат уплаченной покупателем цены) в течение четырнадцати дней с момента передачи ему продавцом товара, если более длительный срок для обмена не установлен продавцом, а также при сохранении потребительских свойств **предъявленного** к обмену товара и при наличии доказательств приобретения его у данного продавца (п. п. 1, 3 ст. 454 ГК). Обмену не подлежат только те товары, которые в порядке, установленном законодательством, отнесены к перечню товаров надлежащего качества, не подлежащих в розничной торговле обмену на аналогичный товар либо возврату. В частности, согласно законодательству не подлежат обмену изделия из драгоценных металлов, предметы личной гигиены и некоторые другие товары по исчерпывающему перечню не подлежащему расширению по усмотрению продавца (п. 4 ст. 454).

В случае же продажи товара ненадлежащего качества наступают последствия, предусмотренные ст. 428 ГК. Помимо этого, на продавца возлагаются все расходы по возврату товара ненадлежащего качества (часть 2 п. 1 ст. 455 ГК), на счет продавца также относится понижение стоимости товара из-за полного или частичного его использования покупателем до выявления недостатков либо потери его товарного вида (п. 2 ст. 455 ГК).

ГК специально регулирует **ответственность продавца по договору розничной купли-продажи и исполнение им обязательств в натуре**. В соответствии с правилами ст. 457 ГК возмещение убытков и уплата неустойки по договору розничной

купли-продажи, не освобождают **продавца** от исполнения обязательства в натуре. Здесь таким образом, допускается исключение из правила, установленного п. 2 ст. 354 i к.

§ 3. Договор поставки

По договору поставки продавец (поставщик), являющийся предпринимателем, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием (ст. 458 ГК).

и т.к. один из наиболее распространенных в сфере предпринимательской деятельности договоров. Поставка является разновидностью

Г. 1. Продажа и, иногда называется предпринимательской или торговой куплей-продажей.

В условиях административно-командной системы управления договор поставки чаще всего выступал как плановый договор¹. Плановый акт порождал обязанность заключить договор, а гражданско-правовое обязательство по поставке продукции возникало сложного юридического состава - из планового акта и заключенного в соответствии с ним договора. При этом отношения, складывавшиеся между социалистическими организациями в связи с реализацией договоров поставки, контрактации, энергоснабжения, которые имели плановую основу, признавались самостоятельными договорами². Отказ от административно-командной системы управления экономикой потребовал расширения сферы действия института контрактации и энергоснабжения и контрак-

С переходом к рыночной экономике поставка в ГК стала по-прежнему традиционной куплей-продажей. Все более широкое применение при заключении и исполнении договоров поставки полу-

"ИНКОТЕРМС" и в соответствии с 1980 а также Правила ИШПГЕРМС, особенно при использовании обычаев делового оборота в ходе исполнения договоров поставки

Главная особенность договора поставки - в **особом характере использования товара**, являющегося его предметом. Согласно ст 458 ГК такой товар приобретает для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным семейным, домашним и другим бытовым использованием (ГК от Договора обычной купли-продажи товар приобретает ГблГ) Тору поставки для дальнейшего производственного использования, в ходе которого товар либо непосредственно сохраняет свою стоимость (в результате пере-

— Переносит " на другие товары <в процессе производства>. Между тем в результате личного и другого бытового (то есть непроизводительного) потребления товар как определенная **стой-**мость прекращает свое существование. Это и позволяет охарактери-

^им~—иятовзров по — — - ПР-

'Шохин А. А. Дисциплина поставок. М.: "Юридическая литература", 1985. С. ^Витрянский В. В. Договор купли-продажи. М.: "Статут", 1999. С. 5.

ГК к числу существенных условий любого гражданско-правового договора относит условие о предмете. В силу п. 3 ст. 407 ГК условие о товаре считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товаров (существенные условия). Указанное правило распространяется и на договор поставки.

Предметом договора поставки могут быть любые не изъятые из оборота вещи. В большинстве случаев они определяются родовыми признаками (например, поставка хлопка), однако закон не препятствует и продаже индивидуально-определенных вещей (поставка электродвигателей определенных марок). На момент заключения договора поставщик, как правило, еще не располагает товарами для поставки.

Статья 458 ГК ограничивает предмет договора поставки товарами, которые производятся или закупаются поставщиками. Вместе с тем производимые или закупаемые поставщиком товары не исчерпывают предмета договора, а соответствующее положение ст. 458 ГК следует толковать шире, ибо право собственности на товары может приобретаться другими способами - в результате, например, переработки.

Продажа таких вещей, как предприятия, сельскохозяйственная продукция, энергия и энергоносители оформляется не договором поставки, а другими разновидностями договора купли-продажи.

Ценные бумаги и имущественные права предметом поставки выступать не могут в силу двойственной природы первых и невозможности быть объектом вещных прав последних.

Сторонами договора поставки являются лица, ведущие предпринимательскую деятельность. На стороне **поставщика**, как правило, выступают коммерческие организации и граждане-предприниматели¹. **Покупателями** в договоре поставки, в принципе, могут быть любые юридические и физические лица (за исключением гражданина, приобретающего товары для бытовых нужд). При этом под целями, **не** связанными с личным использованием, следует понимать и приобретение покупателем товаров для обеспечения его деятельности вка-пли?не?РТмации или гражданина-предпринимателя (орггех-ники раФботНи т. ^еЛИ' ^аНСПОР™Ы* средств, материалов дГ^он™

ставки?наГппВо ТаКЖС Мо, ЖеТ выстУпать покупателем по договору по-

что чГще вГего ^Ьоп ^т10 ЭЯ ГоВары ДЛя ^дарственных

что чаще всего оформляется государственным

заказом

¹ В теории гражданского права высказываются мысли о невозможности выступления в качестве поставщиков некоммерческих организаций. (см.: Шевченко Л. И. Дис. на соискание ученой степени д. ю. н.: "Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики". Кемерово, 2001. С. 108).

Данное мнение является спорным, так как некоммерческая организация имеет право заниматься предпринимательской деятельностью, если это соответствует целям её деятельности. Например, общественное объединение «Центр по социальной адаптации и трудовой реабилитации детей с нарушениями в умственном и физическом развитии» (Центр - САТР), широко известный в Казахстане, является поставщиком по договору государственных закупок слуховых аппаратов.

субъект[^]ТОХГОЖ как об ___
п. 1 ст. 477 ГК РФ, который специально
предусматривает
в законе понятие

несоответствие^М признаком договора поставки
считается^П включением договора и
передачи^Г товара, которая должна происходить позднее так ~

ст. 477 ГК РФ, ^{SR} вида договора
купли-

- 1) он является **консенсуальным**;
- 2) он является **возмездным**, так как в соответствии со ст. 469 ГК покупатель обязан оплатить полученный товар он является **взаимным**, ибо каждый из участников **надел**

ст. 477 ГК РФ по отношению друг к другу

закреплено^{SSSS} законом
ключением для поставщика обязательно (например,
на поставку товаров в государственных нуждах Российской Федерации в
статье 13 Закона о государственном предприятии

1 ст. 477 ГК РФ

Суда РФ от 22

«12/12/17»

ставки // Вестник ВАС РФ 1998 №3 С 23

Договор по Постановлению Правительства

Республики Казахстан от 6 ноября 2000 года

16 бюджетных программ развития финансирования Республиканских и
местных бюджетных программ, выполняемых в рамках
государственного заказа
за 58

чения договоров в качестве покупателя или продавца
товаров (работ, услуг), если заключение этих
договоров предусмотрено заказом государства".

Государственный заказ является формой
реализации республиканской и местной бюджетной
программы, при которой она выполняется в виде
приобретения государством как заказчиком услуг
(товаров, работ) за счет денег республиканского и
местных бюджетов.

Размещение государственного заказа
осуществляется в соответствии с Законом о
государственных закупках.

Государственные закупки - приобретение
государством в лице заказчиков в государственную
собственность товаров и получение необходимых
государству работ и услуг за счет средств
республиканского и местных бюджетов Республики
Казахстан на основе договоров о государственных
закупках.

Договор о государственных закупках -
гражданско-правовой договор, заключенный между
заказчиком и поставщиком в соответствии с

упомянутым Законом и иными нормативными правовыми актами. Заказчиками выступают центральные и местные государственные органы, их подведомственные государственные учреждения, осуществляющие закупки для собственных нужд за счет средств республиканского и местных бюджетов. Поставщиками являются юридические и физические лица, выступающие в качестве контрагента заказчика в заключенном с ним договоре о государственных закупках.

В настоящее время все большую популярность завоевывает в сфере государственного регулирования экономики так называемый механизм индикативного планирования. Данный вид планирования появился в послевоенный период в Нидерландах и Франции. Индикативное планирование означает планирование не как движение сверху вниз и снизу вверх заданий, показателей и данных их выполнения, а как движение всеобъемлющей государственной информации. Задача такого планирования - организация денежных потоков, и по большей части оно носит рекомендательно-стимулирующий характер. Индикативный план не представляет сумму заданий и показателей для всех хозяйствующих субъектов, последние включаются в его реализацию только в случае его соответствия их экономическим интересам. Поэтому индикативные планы легко корректируются вслед за постоянно изменяющейся рыночной конъюнктурой. Одним из существенных принципов организации индикативного планирования является его демократизм. Вместо построения обычной для практики централизованного планирования иерархической структуры по принципу движения команды "сверху-вниз", система "рекомендательного" планирования строится на основе консультирования и многоступенчатых

согласований, в которых участвуют представители различных групп социально-экономических интересов (государственные служащие, предприниматели, профсоюзы, союзы потребителей и т.п.). По мнению Л. И. Шевченко, эта система реализует договорный принцип установления взаимосвязей в масштабах всего национального хозяйства.

В Республике Казахстан, также как в России и других странах СНГ, индикативное планирование не получило в настоящее время практического применения. В стремительном развитии рыночных

экономических программ мы видим возможность применения и в Республике Казахстан индикативного планирования, которое, в свою очередь

способствует развитию договорных отношений и является основой государственного - хозяйствующий субъект.

Форма и порядок заключения договора поставки

урегулирована в ст. 55 ГК РК с учетом отмеченных особенностей этого обязательства.

Договор поставки заключается в письменной форме, а общая стоимость поставляемых товаров менее ста расчетных единиц.

В соответствии со ст. 19 ГК, предусмотряющего, что к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без юридического лица, соответственно применяются правила ГК, которые

регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из природы или существа правоотношения.

законодатель

ль-

с одной стороны! Формализовать процедуру заключения договора поставки, которая однако не является содержанием в ряде подзаконных актов, регулировавших поставку (например — Варов и — ли гораздо более Детальный закон от 1992 года) "С-сл правила уZZZ" по предложению Д * Следующему - Оферент, получивший на свое предложение о заключении договора не акцепт, а встречную оферту, обязан в течение 30 дней с даты получения последней принять меры по согласованию соответствующих условий договора с партнером либо уведомить его об отказе от заключения договора на новых условиях. Если же первоначальный оферент не выполнил данной обязанности (то есть не согласовал окончательных условий договора и не уведомил партнера об отказе от договора), он должен возместить причиненные убытки, вызванные уклонением от согласования условий договора (п. 2 ст. 459 ГК). Такими убытками могут быть признаны, в частности, расходы стороны, направившей извещение о согласии заключить договор с предложением о согласовании его условий, если они понесены в связи с подготовкой и организацией исполнения данного договора, предпринятыми по истечении 30-дневного срока со дня получения лицом, направлявшим оферту, акцепта на иных условиях². Позиция законодателя, который счел необходимым предусмотреть специальный порядок урегулирования разногласий при заключении договора поставки, вполне объяснима. Во-первых, отношения поставки товаров возникают в важнейшей сфере предпринимательства, контрагентами в этих отношениях являются, как правило, субъекты предпринимательской деятельности, профессионально занимающиеся производством, закупкой и реализацией товаров; во-вторых, сторона, давшая согласие на заключение договора на измененных ею условиях, вправе рассчитывать на то, что договор будет заключен, и уже на этой стадии может начать приготовления к исполнению договора, и в связи с этим понести определенные расходы. Такие расходы могут возникнуть в связи с поиском поставщиков сырья, комплектующих изделий, изучением рынка сбыта товара, проведением маркетинговых исследований, репрофилитированием собственного производства, арендой складских помещений и т. п. Поэтому, в силу указаний закона сторона, направившая оферту и получившая акцепт на иных условиях, в случае несовершения вышеуказанных действий (непринятия мер к урегулированию разногласий или направления контрагенту уведомления об отказе от заключения договора на иных условиях) несет неблагоприятные

² Шевченко Л. И. Дис. на соискание ученой степени кандидата юридических наук "Плк., а мирования договорных отношений по си в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики". Кемерово, 2001. С 61

последствия: она должна возместить убытки, вызванные уклонением от согласования условий договора.

Условие о цене применительно к договору поставки специально не регулируется. Следовательно, в силу общих положений о купле-продаже она не относится к существенным условиям этого договора. Цена договора обычно согласуется его сторонами. В тех случаях, когда договор был заключен, но в нем прямо или косвенно не оговаривается цена или не предусматривается порядок ее определения, считается, что стороны, при отсутствии какого-либо указания об ином, подразумевали ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области поставки.

Зарубежное законодательство также дает возможность сторонам в договоре корректировать цену товара в зависимости от реальных условий в соответствии с конъюнктурой рыночных цен. Подобные положения закреплены в законодательстве Англии, США, Германии, Швейцарии, Японии и других стран мира. Фактически во всех зарубежных странах проявляется тенденция признать заключенный договор купли-продажи действительным и при отсутствии соглашения сторон о цене. Французский Гражданский кодекс предоставляет право сторонам устанавливать порядок, при котором цена будет определяться по оценке третьих лиц (ст. 1592). В Англии по Закону о продаже товаров 1979 г. цена может быть определена договором, либо в договоре должен быть установлен порядок ее согласования сторонами в ходе исполнения обязательств. При отсутствии в договоре каких-либо условий о цене подлежит уплате "разумная цена" (ст. 8. 2. данного Закона), которая определяется исходя из конкретных обстоятельств в каждом конкретном случае. Сходные положения установлены Единообразным Торговым кодексом США (ст. 3-305), согласно которому стороны могут заключить договор продажи, даже если в нем не определена цена.

В соответствии с мировой практикой стороны могут определить в договоре договорную цену следующих видов: твердо фиксированную, условно фиксированную (скользящую).

Твердо фиксированная цена устанавливается на поставку широкого круга товаров массового и серийного производства, типовой техники и т. д.

Условно фиксированная цена (во внешнеторговой практике ее называют скользящей) устанавливается при поставках новой техники, оборонной продукции. Указанная цена определяется в договоре условно и в дальнейшем производится ее поэтапная корректировка с учетом изменения ее ценообразующих элементов по методу, который стороны согласовали между собой. Установление такой цены выгодно в период резкой инфляции, что, например, было характерно для Республики Казахстан в конце 80-х и в 90-е годы прошлого столетия.

Иногда, в предусмотренных законом случаях, может предусматриваться государственное регулирование цен. Государственное регулирование цен - регулирование, осуществляемое по решению антимонопольного органа на товары (работы, услуги) субъектов рынка, занимающих доминирующее (монопольное) положение на соответст-

В ГК предусмотрено условием договора поставки, как **гледует** из его определения (ст. 460 ГК). Срок (или сроки) исполнения **договора** определяется его сторонами. Договор поставки может быть заключен на один год, на срок более одного года (**долгосрочный договор**) или на иной срок, предусмотренный соглашением сторон. Если в договоре срок его действия не определен и не вытекает из существа обязательства, договор признается заключенным на один год (ст. 460 ГК). Если в долгосрочном договоре количество подлежащего **поставке** товара или иные условия договора определены на год или на более продолжительный срок, в договоре должен быть установлен порядок согласования сторонами соответствующих условий на последующие периоды до окончания срока действия договора. При отсутствии в договоре порядка согласования договор признается заключенным соответственно на один год или на срок, на который согласо-

Содержание договора поставки. Обязанности продавца заключаются в передаче товара покупателю со всеми необходимыми принадлежностями и документами, в согласованном количестве, ассортименте и комплекте (комплектности), **свободным** от прав третьих лиц, в надлежащей упаковке и (или) таре. **Обязанность** передать товары покупателю осуществляется путем от **грузки** (передачи) их покупателю или лицу, указанному в договоре в качестве получателя (п. 1 ст. 462 ГК). Из ст. 463 ГК следует, что продавец **обязан** доставить товар покупателю. Следовательно, если в договоре не определено условие о распределении обязанностей и расхо-

в сторону транспортировке товара, **обязанность доставки** на продавца. Ему же будет принадлежать и право выбора вида транспорта и других условий доставки, если они не определены в договоре и не вытекают из требований нормативных актов, существа обязательства или обычаев делового оборота (п. 1 ст. 463 ГК).

Договором поставки может быть предусмотрено получение товара покупателем (получателем) в месте нахождения поставщика (выборка товаров).

¹ Закон Республики Казахстан от 19.01.2001 г. № 144-III "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности".

Поставка с условием **выборки** товаров покупателем означает, что обязанности поставщика по передаче товаров ограничиваются их подготовкой к вывозу покупателем, индивидуализацией товаров, как предназначенных для передачи покупателю, и извещением последнего о готовности товаров к выборке. Покупатель обязан вывезти товары от поставщика в срок, установленный договором, а при его отсутствии - в разумный срок после получения уведомления поставщика. Когда договором поставки предусмотрена выборка товаров покупателем (получателем) в месте нахождения поставщика, покупатель обязан осуществить осмотр передаваемых товаров в месте их передачи если иное не предусмотрено законодательными актами или не вытекает из существа обязательства. Невыборка покупателем (получателем) товаров в установленный срок, а при его отсутствии - в разумный срок после получения уведомления поставщика о готовности товаров, дает поставщику право отказаться от исполнения договора либо потребовать от покупателя оплаты товаров.

Периоды поставки. Договор поставки обычно предусматривает передачу покупателю товаров отдельными партиями в течение срока договора, то есть определенную периодичность поставок. Договор поставки обычно рассчитан на длительный срок исполнения. В соответствии со ст. 278 ГК обязательства, рассчитанные на длительные сроки исполнения, должны исполняться равномерно, в разумные для данного вида обязательства периоды (день, декада, месяц, квартал и т. п.), если иное не предусмотрено законодательством или условиями обязательства либо не вытекает из существа обязательства или обычаев делового оборота. В договоре поставки, если периоды (сроки) поставок не определены, предполагается, что поставщик обязан передавать товары покупателю равномерными партиями ежемесячно (п. 1 ст. 461 ГК). Наряду с определением периодов поставки в договоре может быть установлен график поставки товаров (декадный, суточный, часовой и т. п.).

ГК закрепил правило о недопустимости досрочной поставки товаров без согласия покупателя. Товары, поставленные досрочно и принятые покупателем, засчитываются в счет количества товаров подлежащих поставке в следующем периоде (п. п. 3, 4 ст. 461 ГК).

В случае, если товар поставлен досрочно, а покупатель не давал на то согласия, то в соответствии со сложившейся практикой такие товары принимаются покупателем на **ответственное хранение** (ст. 467 ГК). Покупатель обязан обеспечить сохранность этого товара и незамедлительно уведомить поставщика. Поставщик обязан вывезти товар принятый покупателем (получателем) на ответственное хранение или распорядится им в разумный срок. В случае, если поставщик в этот срок не распорядится товаром, покупатель вправе реализовать товар или возвратить его поставщику за счет поставщика. При этом необходимые расходы, понесенные покупателем (получателем) в связи с принятием товара на ответственное хранение, реализацией товара или его возвратом продавцу, подлежат возмещению поставщиком. При этом вырученная от реализации товара сумма передается поставщику, а в счет причитающейся покупателю суммы расходов.

59

Часто покупатель заинтересован сразу же в ходе поставки передать товар мелкооптовым

покупателям, закупающим у него товар В таком случае у него есть возможность включить в договор поставки условие об отгрузочных разнарядках (п. 2 ст. 462 ГК).

Отгрузочные разнарядки - это обязательные для поставщика (в СИЛУ заключенного договора) письменные распоряжения покупателя об отгрузке (передаче) товаров указанным им получателям. Такие разнарядки на отгрузку должны, по общему правилу, направляться поставщику не менее чем за 30 дней до начала соответствующего периода поставки, если иной срок не установлен договором (п. 3 ст. 46/ ГК) Отправка продавцом товаров по отгрузочным разнарядкам - исполнение обязательства третьему лицу. Поставщик, не получивший своевременно отгрузочную разнарядку имеет право отказаться от исполнения договора (п. 4 ст. 462 ГК), с правом взыскания с покупателя причиненных этим убытков в связи с неисполнением договора по вине покупателя.

Поставщик обязан передать покупателю установленное договором **количество товара**. Способы определения количества товара в договоре поставки в целом аналогичны общим правилам о купле-продаже. Существенное значение для заключения договора поставки имеет условие о количестве поставляемого товара, определяемое по соглашению сторон, исходя из потребностей покупателя и с учетом производственных или иных возможностей поставщика. Количество товара, подлежащего передаче покупателю, определяется в соответствующих единицах измерения: мерами веса, длины, площади, в штуках - в зависимости от специфики товара или в денежном выражении. В договорах на поставку сырьевых товаров (угля, руды, металлов, нефтепродуктов и т. п.), поставляемых насыпью, навалом, наливом, а также ряда продовольственных товаров, точный вес товара иногда определить невозможно, поэтому возможно использование обозначения количества с дополнительной оговоркой "около", допускающей отклонение фактически поставленного товара от обусловленного в контракте. Связано это с тем, что соблюдение условия о поставке точного количества относительно определенных видов товаров (особенно при его перевозке) оказывается на практике невозможным. На практике допускается делать соответствующую запись от 1,5 до 10 % но при этом стороны должны обусловить, кому из них принадлежит пра-

в отсутствие указания об этом действует общее право ст. 285 1 К, право выбора принадлежит должнику - в данном случае поставщику.

В тех случаях, когда количество товара определяется в денежном выражении, изменение обусловленной договором цены товара на стадии исполнения договора не должно влиять на условие договора о количестве, если стороны не оговорили иное³. Количество товара может быть определено иным способом - путем установления в договоре порядка его определения. Особенно это актуально для долгосрочных договоров поставки, когда количество подлежащих поставке товаров определяется на первый год или на менее

³ Одна и та же единица измерения может иметь различное наименование в разных странах. В странах СНГ, например, 100 кг товара называются центнером, в ФРГ - двойным центнером, во Франции квинталом. Во внешнеэкономической практике применяются различные определения и такой единицы массы как тонна: метрическая тонна (1000 кг), американская ("короткая") тонна (907 кг), английская 9 ("длинная") тонна (1016 кг). См.: Бурмистров М. М. Фрахтование судов и внешнеэкономические транспортные операции. М.: 1975. С. 70.

продолжительный период. В связи с этим в договоре должен быть установлен порядок согласования количества подлежащих поставке товаров на последующие периоды (порядок согласования спецификаций).

Нарушение поставщиком условия о количестве товара (то есть просрочка поставки или недопоставка) даст покупателю право*

а) уведомив поставщика, отказаться от принятия просроченных товаров. Однако товары, поставленные до получения поставщиком уведомления, он все же обязан принять и оплатить (п 4 ст 464 ГК)-

б) приобрести недопоставленные товары у других лиц и отнести на поставщика все необходимые и разумные расходы на их приобретение (П. 1 ст. 4/3 1 К). Последняя норма является новшеством в отечественном законодательстве, регулирующем отношения по поставке

Договором может предусматриваться неустойка за недопоставку ТГГ^{КУ} поставки товаров, порядок уплаты которой определен ст. 4/4 1 К. Ранее действовавшее законодательство, например, Положение о поставках продукции предусматривало множество оснований взыскания неустойки за нарушение договора поставки. С принятием

Особенной частью ГК применение законной неустойки возможно лишь в исключительных случаях. Уплата неустойки за недопоставку или просрочку поставки производится поставщиком со дня, определенного договором, до момента фактического исполнения им договорных обязательств (включая исполнение недопоставки, допущенной в предыдущих периодах).

Количество поставляемых по договору поставки товаров может уточняться в результате включения в договор условия об **ассортименте**⁴, определяющего соотношение отдельных видов товаров по определенным родовым и групповым признакам. Понятие "ассортимент" применялось ранее в отношении товаров народного потребления. Применительно к продукции производственно-технического назначения и других материально-технических средств употреблялось понятие "номенклатура". В действующем законодательстве применяется единый термин "ассортимент".

Условие об ассортименте товаров ГК регулирует применительно к случаю исполнения недопоставки (ст. 465 ГК). Так, если недопоставленный товар должен был передаваться в определенном ассортименте, исполнение недопоставки, по общему правилу, должно осуществляться в том же ассортименте товаров, установленном для периода, в котором допущена недопоставка.

Договором поставки должны быть предусмотрены требования, предъявляемые к качеству товара⁴.

Поставщик обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует условиям договора. Если договор не содержит условия о качестве, поставщик при исполнении обязательства должен исходить из правила, установленного нормой ст. 422 ГК: передаваемый товар должен быть пригоден для целей, для которых товар такого рода используется¹. Если продавец при заключении договора был поставлен покупателем в известность о конкретных целях приобретения товара, продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для использования в соответствии с этими целями.

Действующим законодательством предоставлена возможность продажи товара по образцу и (или) по описанию покупателя.

При поставке имеет значение соответствие поставляемой продукции обязательным требованиям к качеству поставляемой продукции, установленным законодательными актами (п. 4 ст. 422 ГК).

В юридической литературе проблема понятия качества товара и критериев, его определяющих, является дискуссионной. Некоторые авторы определяют данную категорию двояко: как технико-экономическую категорию и правовую (см., например: *Масевич М.Г.* Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. Алма-Ата: Изд-во Казахского государственного ун-та, 1964 г. С. 175; *Шелестов В.С.* Договор поставки и качество продукции. М.: Юридлит., 1974. С. 37). Другие авторы характеризуют его как комплексное понятие, (см.: *Яковлева Е. М.* Вопросы качества продукции в договоре поставки. Душанбе: Изд-во ТаджГУ, 1974. С. 37). Третьи - под качеством продукции предлагают понимать совокупность существенных ее свойств (технических, экономических, эстетических и пр.), закрепленных стандартами и техническими условиями, а также предусмотренных в установленных законом случаях договором поставки (см., например: *Огрызков В. М.* Правовое регулирование качества продукции. М.: Юрид.лит-ра, 1973 г. С. 30; *Брославский Л. И.* Правовое обеспечение качества продукции. М.: Наука, 1987. С. 5). Наиболее верной является, думается, мнение Л. И. Шевченко, полагающей, что, понимая под качеством товара совокупность существенных ее свойств, тем не менее следует иметь в виду, что определение последних не ограничивается показателями нормативно-технической документации и условиями договора, так как при отсутствии последних действующее законодательство предоставляет возможность сторонам при исполнении обязательства руководствоваться обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. См.: *Шевченко Л. И.* Дис. на соискание ученой степени д. ю. н.: "Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики" Кемерово, 2001. С. 220.

⁴ Гражданское право: Учебник. Ч. 2 // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: "Проспект", 1997. С. 68.

Кроме того, по соглашению между поставщиком и покупателем может быть поставлена продукция, соответствующая повышенным требованиям к качеству по сравнению с обязательными требованиями, установленными в порядке, предусмотренном законодательными актами.

В международной практике при продаже товаров с аукциона, со складов применяется такой способ определения качества как предварительный осмотр. В договоре поставки такой способ обозначается словами "осмотрено-одобрено". При этом покупателю предоставляется право осмотреть всю партию товара в установленный срок. Поставщик (продавец) гарантирует качество товара таким, каким его осмотрел покупатель.

В договорах поставки металла, руды, угля и т.п. показателем качества является содержание тех или иных веществ в процентном соотношении (например, основного вещества и примесей).

Во внешнеторговой практике при продаже урожая на корню, еще не снятого, например, цитрусовых, применяется способ определения качества продукции, именуемый "тель-кель" - такой, какой есть, что при поставке исключает ответственность поставщика за качество товара, и вменяет покупателю обязанность принять товар, если он соответствует наименованию.

Таким образом, понятие «качество поставляемой продукции»

должно охватывать такие критерии как:

- 1) цель использования поставляемой продукции;
- 2) обязательные требования к существенным свойствам соответствующей продукции, установленные в законодательном порядке;
- 3) требования, установленные соглашениями сторон в договоре;
- 4) требования к показателю той или иной продукции, принятые обычаями делового оборота.

При договоре поставки особое значение имеет **гарантия качества товара.**

От гарантии качества необходимо отличать сроки службы и сроки годности. **Срок годности** - это определенный законом, иными правовыми актами, государственными стандартами или иными обязательными правилами период времени, по истечении которого потребляемый товар считается непригодным для использования по назначению. **Срок службы** - установленный изготовителем период времени, в течение которого потребителю обеспечена возможность безопасного использования товара по назначению. Указанные сроки следует исчислять не с момента поставки (продажи) товара, а с момента изготовления товара, они не могут быть уменьшены или увеличены по соглашению сторон.

Последствия поставки товаров **ненадлежащего качества** в общем

виде урегулированы ст. 471 ГК.

Самым существенным их отличием от общих правил о купле-продаже является то, что требования, основанные на поставке недоброкачественных товаров, могут быть заявлены поставщику не только покупателем, но и получателем, то есть лицом, которому покупатель предоставил право получения товара. Таким образом, нормы ГК направлены на защиту в конечном счете интересов потребителей.

Покупатель (получатель), которому поставлен товар ненадлежащего качества, вправе предъявить поставщику требования, предусмотренные ст. 428 ГК.

Законодательством о поставках предусмотрена более жесткая норма для поставщиков недоброкачественной продукции - допускается односторонний отказ от исполнения договора (полностью или частично) или одностороннее его изменение в случае существенного нарушения договора одной из сторон. Одним из существенных нарушений договора поставщиком считается поставка товара ненадлежащего качества с недостатками, которые не могут быть устранены в приемлемый для покупателя срок (подпункт 1 п. 2 ст. 476 ГК).

В случае невыполнения поставщиком требований покупателя о замене товара ненадлежащего качества в установленный срок покупатель вправе приобрести нужные товары у других лиц с отнесением всех необходимых и разумных расходов на поставщика.

В целях обеспечения дисциплины поставок, несмотря на диспозитивный характер большинства норм действующего законодательства, устанавливаются определенные правила исчисления убытков при расторжении договора по вине как поставщика, так и покупателя (ст. 477 ГК).

Поставщик несет ответственность за поставку некомплектных товаров. Нарушение поставщиком **условия о комплектности**, так же как о **передаче товара в комплекте**, влечет за собой одинаковые правовые последствия (ст. 472 ГК).

Покупатель (получатель), которому поставлены товары с нарушением условий договора поставки, требований законодательных актов либо обычно предъявляемых требований к комплектности, вправе предъявить поставщику требования, предусмотренные при обычной купле-продаже, отраженные в ст. 433 ГК.

Однако, такая возможность отпадает у покупателя, в случае, когда поставщик, получивший уведомление покупателя о некомплектности поставленных товаров, без промедления доукомплектует товары либо заменит их комплектными товарами.

При формировании договорных отношений по поставкам важное значение имеют и условия **о таре и упаковке**.

Тара и упаковка продукции должны соответствовать требованиям стандартов или технических условий, способствовать сохранности продукции и товаров при транспортировке¹. Поставщик обязан затаривать или упаковывать товары обычным для таких товаров способом, а при отсутствии таковых - способом, который является надлежащим для сохранения и защиты данного вида товара. В договоре должны быть указаны номера и индексы стандартов и технических

См.: п. 35 Положения о поставках продукции, утв. Постановлением Каб. министров РК № 536 от 19 июня 1992 года.

условий на тару и многооборотные средства упаковки. В случаях, предусмотренных договором, изготовители (поставщики) обязаны применять многооборотные средства пакетирования и специализированные контейнеры. Многооборотная тара, средства пакетирования, тара-оборудование, специальные контейнеры и иные виды многооборотных средств упаковки подлежат возврату изготовителю (поставщику) (п. 1 ст. 470 ГК). Прочая тара и упаковка

подлежат возврату поставщику лишь в случаях, предусмотренных договором.

Обязанности по передаче товара вместе с принадлежностями и документами, относящимися к товару, а также свободным от прав третьих лиц регулируются в договоре поставки общими положениями о купле-продаже.

Основные **обязанности покупателя** по договору поставки заключаются в принятии товара и его оплате. **Обязанность принять товар** (ст. 466 ГК) сформулирована шире, чем в общих положениях о купле-продаже. Наряду с осуществлением фактических действий по принятию исполнения, она включает и ряд дополнительных обязанностей по проверке товара, содержание которых различается в зависимости от способа его доставки покупателю. Если доставка осуществляется поставщиком, покупатель обязан осмотреть товары и проверить их количество и качество. Сроки и порядок проверки определяются нормативными актами, договором поставки или обычаями делового оборота. Если же товары вручены покупателю не самим поставщиком, а транспортной организацией, покупатель обязан проверить соответствие товаров транспортным и сопроводительным документам и принять эти товары от транспортной организации в установленном порядке. Значение указанных правил состоит в том, что поставщик может требовать уменьшения размера своей ответственности, если покупатель не провел должной проверки товара и тем самым содействовал увеличению убытков.

В случае выборки (самовывоза) товаров покупателем он, по общему правилу, обязан осмотреть передаваемые товары непосредственно в месте их передачи. Последствия невыборки товаров покупателем определяются п. 4 ст. 468 ГК аналогично нормам о купле-продаже. В случае невыборки товара поставщик имеет право потребовать от покупателя возмещения убытков, а также расторжения договора или оплаты покупной цены. Закон устанавливает специальные правила, направленные на обеспечение сохранности таких вещей. Так, покупатель, отказавшись от принятия товара, обязан обеспечить его сохранность (принять на ответственное хранение) и незамедлительно уведомить поставщика о своем отказе (п. 1 ст. 467 ГК). В свою очередь, поставщик обязан либо вывезти товар, принятый покупателем на ответственное хранение, либо распорядиться им в разумный срок. Если же он этого не сделает, покупатель вправе сам реализовать товар (выручка от реализации передается поставщику за вычетом причитающегося покупателю) или вернуть его поставщику.

Обязанность покупателя по **оплате товаров** при исполнении договора поставки имеет особенности. По общему правилу, расчеты между сторонами осуществляются платежными поручениями (ст. 469 ГК). Если покупатель перепоручил оплату получателю товаров, он продолжает нести соответствующую обязанность перед поставщиком. Поэтому в случае неоплаты товаров получателем поставщик вправе предъявить соответствующее требование к покупателю.

Нормы о погашении однородных обязательств по нескольким договорам поставки (ст. 475 ГК) применяются в тех случаях, когда покупатель, рассчитывающийся с поставщиком по нескольким договорам поставки, уплатил недостаточную для оплаты всех договоров сумму. В этом случае

покупатель имеет право указать продавцу, в оплату какого из договоров он направляет деньги. При отсутствии такого указания переведенные суммы засчитываются в погашение обязательства, срок исполнения которого наступил раньше других. Международной Конвенцией предусматривается право на проценты (ст. 78 Венской Конвенции 1980 г.): если сторона допустила просрочку в уплате цены или иной суммы, другая сторона имеет право на проценты с просроченной суммы без ущерба для любого требования о возмещении убытков, которые могли быть взысканы в общем порядке (например, по нашему законодательству - в соответствии со ст. 9 ГК).

Общие правила об **обязанностях продавца информировать покупателя** о нарушении им договора, предусмотренные ст. 437 ГК, распространяются и на поставку.

Ответственность по договору поставки. С учетом предпринимательского характера договора поставки ответственность за его нарушение, как правило, строится на началах риска.

Основными формами ответственности являются возмещение убытков и уплата неустойки.

Статья 477 ГК предусматривает правила определения величины убытков при расторжении договора поставки. Так сторона, расторгнувшая договор вследствие нарушения обязательства контрагентом, а затем в разумный срок после расторжения купившая (продавшая) товар по более высокой (низкой), но все же разумной цене, вправе требовать от контрагента возмещения убытков в виде разницы между первоначальной договорной ценой и ценой совершенной взамен сделки (п. п. 1, 2 ст. 477 ГК).

В то же время п. 3 ст. 477 ГК содержит новое для нашего законодательства правило о способах определения так называемых "абстрактных убытков"¹. Указанные убытки исчисляются в виде разницы цен двух состоявшихся (конкретных) сделок. Так, если после расторжения договора вследствие нарушения обязательства контрагентом потерпевшая сторона не совершила другой сделки взамен расторгнутого договора, величина понесенных ею убытков определяется в виде разницы между договорной ценой и текущей ценой на данный товар в момент расторжения договора. Текущей признается цена, обычно взимаемая при сравнимых обстоятельствах за аналогичный товар в месте предполагавшейся его передачи. Величина реального ущерба, взыскиваемого помимо упущенной выгоды, определяется по общим правилам п. 4 ст. 9 ГК.

По сравнению с прежним законодательством, в котором содержались не только многочисленные виды неустоек за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, но также предусматривались их размеры и порядок исчисления, действующие нормативные правовые акты устанавливают лишь порядок исчисления неустойки за недопоставку товара или просрочку поставки товара. Так, в ст. 474 ГК установлен порядок исчисления неустойки за недопоставку товара или просрочку поставки товара, в соответствии с которым предусмотренная законодательными актами или договором неустойка за недопоставку или просрочку поставки товара может взыскиваться со дня, определенного договором, до дня фактического исполнения обязательства, если иной порядок

взыскания неустойки не установлен законодательными актами или договором.

Прекращение договора поставки. Общие основания и порядок расторжения (изменения) договора купли-продажи, предусмотренные § 1 главы 30 ГК, применительно к поставке конкретизируются в ст. 476 ГК. Так, односторонний **отказ от исполнения договора поставки (или его изменение)** допускается в случаях существенного нарушения **его** условий одной из сторон. Такими нарушениями для поставщика считаются:

а) поставка товаров ненадлежащего качества с недостатками, которые нельзя устранить в приемлемый для покупателя срок,

б) неоднократная просрочка поставки.

Существенные нарушения договора покупателем выражаются в:

а) неоднократной просрочке оплаты товаров,

б) неоднократной невыборке товаров.

В то же время п. 4 ст. 476 ГК предусматривает возможность установления иных оснований отказа от исполнения договора поставки соглашением сторон.

Статья 476 ГК перечисляет не только особые основания, но и соответствующий им порядок расторжения (изменения) договора поставки. Указанный договор считается расторгнутым (измененным), по общему правилу, с момента получения одной стороной уведомления контрагента об одностороннем отказе от исполнения договора полностью или частично. Таким образом, в случаях существенного нарушения договора поставки, предусмотренных п. п. 2 и 3 ст. 476 ГК, не требуется ни обращения в суд с иском, ни предварительного получения согласия контрагента на расторжение (изменение) договора, о необходимости которых говорит п. 2 ст. 402 ГК. В международной практике регулирования положений по расторжению договора существует следующее правило: расторжение договора освобождает обе стороны от их обязательств по договору при сохранении права на взыскание могущих подлежать возмещению убытков. Расторжение договора не затрагивает каких-либо положений договора, касающихся порядка разрешения споров или прав и обязательств сторон в случае его расторжения (ст. 81 Венской конвенции 1980 г.).

Если же нарушение договора поставки не носит существенного характера (например, является однократным), процедура расторжения (изменения) договора регулируется не п. 4 ст. 476 ГК, а общими правилами ст. 401 ГК.

§ 4. Договор контрактации

По договору контрактации производитель сельскохозяйственной продукции обязуется передать выращенную (произведенную) им сельскохозяйственную продукцию заготовителю - лицу, осуществляющему закупки такой продукции для переработки или продажи (п. 1 ст. 478 ГК).

Договор контрактации регулирует отношения по заготовке сельскохозяйственных продуктов и сырья. Договор контрактации - один из видов купли-продажи, тесно связанных с договором поставки. К отношениям по контрактации применяются нормы о договорах поставки (п. 2 ст. 478 ГК).

В советский период первоначально отношения, складывавшиеся между сельскохозяйственными производителями и покупателями выращенной продукции, регулировались договором

купли-продажи. В законодательстве отсутствовали какие-либо нормы о договоре контрактации. В дальнейшем обязательства колхозов и совхозов по сдаче

государству выращенной или произведенной ими продукции сельскохозяйственного производства были практически лишены товарных элементов эти правоотношения носили административный характер и именовались обязательными поставками сельскохозяйственной продукции.

в 60-е годы совхозы были переведены на хозрасчет, значительно повысились закупочные цены, внедрялся договорный метод заготовок сельскохозяйственной продукции. В Основах гражданского законодательства появились нормы о договоре контрактации (ст. 51-52), которые были воспроизведены в ГК КазССР (ст. 247-248). Согласно указанным нормам, государственная закупка сельскохозяйственной продукции у колхозов и совхозов осуществлялась по договорам контрактации, которые заключались на основе планов государственных закупок сельскохозяйственной продукции и планов развития сельскохозяйственного производства в колхозах и совхозах.

Под договором контрактации понимался самостоятельный договор заключаемый на основании плана государственных закупок сельскохозяйственной продукции, по которому одна сторона - колхоз совхоз (хозяйство) обязуется передавать в оперативное управление' или собственность другой стороны - организации-заготовителя сельскохозяйственную продукцию в установленных количествах, ассортименте, в определенные сроки, а заготовитель обязуется принимать в обусловленные договором сроки и оплачивать доставленную продукцию и оказывать хозяйству помощь в организации производства и сдаче продукции на приемные пункты .

Самостоятельный характер договора контрактации по отношению к договору купли-продажи и к договору поставки в юридической литературе объяснялся главным образом тем, что сельскохозяйственная продукция производится на земле, составляющей исключительную собственность государства, за которым по этой причине признавалось право вводить обязательность сдачи ему выращенной сельскохозяйственной продукции на установленных им условиях .

Отношения по контрактации сельскохозяйственной продукции регулировались многочисленными подзаконными актами Правительства министерств и ведомств СССР, в частности типовыми договорами контрактации отдельных видов сельскохозяйственной продукции, содержащими императивные нормы, которым в точности должны были соответствовать условия конкретных договоров, заключаемых между хозяйствами и заготовительными организациями.

В связи с отказом от административно-командной системы управления экономикой и переходом к рыночным отношениям утратило значение и всеобъемлющее планирование закупок продукции, выращенной сельскохозяйственными организациями. Реформа экономических отношений сопровождалась преобразованием совхозов и колхозов в хозяйственные товарищества и общества, производственные кооперативы, образованием крестьянских (фермерских) хозяйств, основанных на частной форме собственности. При этих условиях договор контрактации, базирующийся на обязательном плановом акте, оказался непригодным

для регулирования соответствующих экономических отношений.

Уже в Основах гражданского законодательства 1991 г. договор контрактации утратил самостоятельный характер и рассматривался в качестве одного из видов договора купли-продажи, по которому производитель сельскохозяйственной продукции обязуется передать заготовителю такой продукции (контрактанту) в собственность (полное хозяйственное ведение) произведенную им продукцию в сроки, количестве и ассортименте, предусмотренные договором, а контрагент обязуется оказать производителю содействие в производстве сельскохозяйственной продукции, принять ее и уплатить за нее определенную цену. На контрактанта возлагалась, также обязанность вывоза продукции, если иное не было предусмотрено договором (ст. 83 Основ).

Наряду с ГК отношения по контрактации регулируются рядом отдельных нормативных актов, применяемых чаще к поставке конкретной сельскохозяйственной продукции для нужд государства. Особенностью этих договоров контрактации является участие государства в лице уполномоченных органов в качестве стороны-заготовителя. Это, например: Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 8 апреля 1993 г. № 279 "О закупке сортовых и гибридных семян зерновых, зернобобовых, масличных культур и трав в государственные ресурсы из урожая 1993 года"; Постановление Кабинета Министров Республики Казахстан от 8 сентября 1994 г. № 1013 "О порядке заготовок зерна для государственных нужд урожая 1994 года"; Распоряжение Премьер-министра Кабинета Министров Казахской ССР от 19 апреля 1991 г. № 62-Р "О сдаче племенного скота" и др. Одним из основных видов сельскохозяйственной продукции в Казахстане являются зерновые культуры. Поэтому 76

правовому регулированию отношений по купле-продаже данного товара уделяется наибольшее внимание. Так, впервые в законодательной истории Казахстана принят Закон Республики Казахстан от 19 января 2001 г. № 143-III "О зерне".

Анализ разработанных и действующих нормативных актов отражает договорный характер отношений в сфере купли-продажи, уход от административно-государственного регулирования, сближение с международными правовыми актами. Так, в Правилах торговли зерном и хлебопродуктами⁵ прямо предусматривается, что базис поставки переход права собственности и рисков определяются на основании условий ИНКОТЕРМС 1990 года (п. 1, 3. ст. 1).

Так же как и договор купли-продажи, договор контрактации является **возмездным, консенсуальным и взаимным**. Его отграничение от других видов купли-продажи проводится по субъектному составу К предмету.

Сторонами договора контрактации являются **производитель сельскохозяйственной продукции и заготовитель** - контрактант. В качестве поставщиков выступают сельскохозяйственные организации - фермы, товарищества и т.п., в качестве

⁵ Утверждено Общим Собранием Зернового союза Казахстана.

покупателей - предприниматели-заготовители⁶. В качестве продавца в договоре контрактации выступает субъект, который непосредственно занимается производством сельскохозяйственной продукции. Обычно это индивидуальные предприниматели, главы крестьянских и фермерских хозяйств или коммерческие организации, уставная деятельность которых есть сельскохозяйственное производство. Поэтому реализация сельскохозяйственной продукции, произведенной кем-либо другим будет осуществляться в форме договора поставки или купли-продажи, но не контрактации. Контрактантом также является своеобразный субъект, специализирующийся на переработке, заготовке именно сельскохозяйственной продукции, с той лишь разницей, что заготовителем может выступать не только предприниматель, но и государственный орган.

⁶ По мнению некоторых авторов, государство и граждане, не имеющие статуса предпринимателя не могут участвовать в договоре контрактации (См., например: Гражданское право / Под ред Ю К Толстого и А. П. Сергеева. 4. 2. М., 1997. С. 80). Данное мнение, на наш взгляд, является спорным, так как возможны случаи закупок сельскохозяйственной продукции для государственных нужд, когда стороной выступает государство, интересы которого представляют специальные лица - государственные заказчики - уполномоченные органы.

Предметом договора контрактации может быть любая продукция сельскохозяйственного производства (растениеводства, животноводства, звероводства, в том числе пушного, и т. д.). Предметом (продукцией) являются вещи, определяемые родовыми признаками, причем не все, а только произведенные или выращенные поставщиком (например, не арбузы вообще, а лишь выращенный данным хозяйством). При передаче по договору индивидуально-определенной вещи (например, конкретной коровы) специфика собственнo сельскохозяйственного производства утрачивается, а значит, нет необходимости в применении специальных норм о контрактации.

Объектом договора контрактации может быть не только сельскохозяйственная продукция или сырье (к примеру, мясо), но и продукты их переработки (например, колбасные изделия). В большинстве случаев контрактуются будущие товары (урожай, приплод), которых еще не существует на момент заключения договора. Однако в отношении продажи продуктов переработки сельскохозяйственного сырья моменты заключения и исполнения договора контрактации могут и совпадать. Определение предмета договора контрактации производится с помощью двух критериев: во-первых, это продукция, полученная в такой отрасли экономики, как сельское хозяйство. Во-вторых, это продукция, полученная методами агро- и зоотехники, обычно применяемыми в сельском хозяйстве, то есть путем выращивания или сбора с использованием природы (земли, флоры, фауны) как важнейшего фактора производства. Лишь совокупность двух указанных критериев позволяет более или менее четко обрисовать предмет договора контрактации.

Цена не является существенным условием договора контрактации, так же как и поставки. Ее определение производится по общим правилам, предусмотренным для купли-продажи.

Срок договора контрактации относится к числу его существенных условий, поскольку таково же его значение в договоре поставки. Однако для контрактации он не столь важен. Ведь в подавляющем большинстве случаев сроки заключения и исполнения договора контрактации не совпадают: продукцию необходимо произвести (вырастить). Продолжительность производственного цикла в сельском хозяйстве практически полностью определяется естественно-природными факторами.

Так, в соответствии с Постановлением Кабинета Министров Республики Казахстан от 8 сентября 1994 г. № 1013 "О порядке заготовок зерна для государственных нужд урожая 1994 года" поставка зерна хлебоприемным предприятиям в целях обеспечения его подработки и сохранности должна быть осуществлена в период уборочных работ либо непосредственно после их завершения, независимо от состояния расчетов за него.

Договор контрактации, как правило, заключается в **письменной форме**, так же как и договор поставки. Аналогично поставке регулируется и **порядок его заключения**, в том числе - вопросы разрешения разногласий при заключении договора.

Содержание договора контрактации. Обязанности производителя сельскохозяйственной продукции заключаются в передаче заготовителю произведенной продукции. Единственная особенность условия о передаче товара в договоре контрактации

связана с необходимостью передать его в согласованном ассортименте (ст. 480 ГК).

Обязанности заготовителя сводятся к принятию товара и его оплате. В отличие от общих норм, применяемых к купле-продаже, заготовитель, как правило, обязан принять сельскохозяйственную продукцию у производителя по месту ее нахождения и обеспечить ее вывоз за пределы хозяйства производителя (п. 1 ст. 479 ГК). Если договором предусмотрено принятие сельскохозяйственной продукции в месте нахождения заготовителя (или ином указанном им месте), он не вправе отказаться от принятия сельскохозяйственной продукции, соответствующей условиям договора, контрактации и переданной заготовителю в обусловленный договором срок (п. 2 ст. 479 ГК). Дополнительные обязанности заготовителя, осуществляющего переработку сельскохозяйственной продукции, могут заключаться в возврате производителю отходов такой переработки за соответствующую плату.

Обязанность оплаты приобретаемой сельскохозяйственной продукции определяется по общим нормам параграфа 3 главы 25 ГК о поставке и параграфа 1 той же главы о купле-продаже. На практике оплата обычно осуществляется авансом (полностью или частично), что позволяет производителям финансировать процесс производства продукции.

Ответственность сторон по договору контрактации. Особенностью договора контрактаций в отличие от договоров поставки являются основания наступления ответственности. В отступление от общего правила об ответственности предпринимателей за нарушение обязательств на началах риска, то есть независимо от вины, ГК предусматривает для производителя сельскохозяйственной продукции ответственность только за вину. Производитель сельскохозяйственной продукции, не исполнивший либо ненадлежащим образом исполнивший обязательство, несет ответственность при наличии его вины (ст. 481 ГК). В то же время заготовитель отвечает за нарушение условий договора на общих основаниях для предпринимателей, то есть его ответственность строится на началах риска. Исключением из этого правила является наступление ответственности при участии государства в качестве заготовителя. Заготовитель - государственный орган по договору закупки сельскохозяйственной продукции для государственных нужд, так же как и производитель, отвечает только за вину.

Своеобразие такого вида договора купли продажи как контрактация требует специального, отличного от обычной купли-продажи, определения.

Договором контрактации признается такой вид договора купли-продажи, продавцом по которому является производитель (создатель) сельскохозяйственной продукции, обязующийся передать ее заготовителю, осуществляющему закупки сельскохозяйственной продукции с целью переработки и продажи.

§ 5. Договор энергоснабжения

По договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется продавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых

им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии (п. 1 ст. 482 ГК).

В рыночных условиях ярко проявились товарные свойства электрической энергии. Более того, прямое легальное определение, что электрическая мощность, электрическая и тепловая энергия являются товаром на рынке⁷, дает безусловное основание признание ее предметом купли-продажи - товаром.

Впервые правила энергоснабжения были установлены на уровне закона в Основах гражданского законодательства 1991 г., тогда соответствующий договор имел название "договор о снабжении энергетическими и другими ресурсами через присоединенную сеть" (ст. 84 Основ). В действующем ГК нормы, регулирующие договор энергоснабжения, помещены в параграфе 5 гл. 25 ("Купля-продажа"). Таким образом, в соответствии с концепцией законодателя энергоснабжение является разновидностью договора купли-продажи⁸.

В соответствии с действующим законодательством рынок электрической мощности и электрической энергии состоит из оптового и

⁷ См.: ст. 13 Закона "Об электроэнергетике" РК № 438-1 от 16.07.99 г.

74 ¹ См.: ст. 13 Закона Республики Казахстан от 16 июля 1999 г. N 438-1 "Об электроэнергетике".

розничного рынков, а рынок тепловой энергии состоит из одного

уровня - розничного рынка .

Оптовый рынок электрической мощности и электрической энергии система отношений купли-продажи и передачи электрической мощности и электрической энергии, функционирующая на основе договоров между энергопроизводящими, энергопередающими, энергоснабжающими организациями и потребителями, находящимися под управлением системного оператора рынка и определяемыми нормативными правовыми актами.

Розничный рынок электрической энергии - система снабжения электроэнергией, теплоэнергией, функционирующая на основе договоров между энергоснабжающими организациями и потребителями.

На розничном рынке в качестве энергоснабжающей организации могут быть энергопередающие организации.

С точки зрения классификации объектов гражданских прав энергия является движимой, простой, делимой, потребляемой вещью определяемой родовыми признаками. Вещный характер данного объекта подтверждается фактом передачи энергии в собственность покупателю (абоненту) по договору энергоснабжения, который является разновидностью договора купли-продажи. Согласно ст. 407 ГК товаром по договору купли-продажи может быть любая вещь с соблюдением правил ст. 116 ГК. Кроме того, передача энергии по договору купли-продажи в собственность (или хозяйственное ведение, оперативное управление) в соответствии с положениями ст. 406 ГК, предусматривает передачу вещного права на данный объект, ибо право собственности и производные от него право хозяйственного ведения, право оперативного управления являются вещными правами (ст. ст. 196, 202 ГК).

В теории гражданского права энергия определялась следующим образом: "Энергия в отличие от вещей представляет собой определенное свойство материи - способность производить полезную работу обеспечивать выполнение различных технологических операций, создавать необходимые условия для предпринимательской и любой иной деятельности".

Говорить об энергии как вещи некорректно в силу ее специфических особенностей, потому как под вещами в юридической литературе понимают предметы внешнего по отношению к человеку материального мира, как созданные человеком, так и образованные самой природой и обладающие естественными свойствами². Уместнее указывать, что энергия является имуществом, в силу этого и причисляется к объектам гражданских прав согласно ст. 115 ГК, которая к объектам гражданских прав причисляет вещи, имущественные и личные неимущественные блага и права. Из положений п. 2 ст. 115 вытекает, что имущество - это есть имущественное благо и право. А что такое имущественное благо? "Под имущественными благами понимаются лишь материальные предметы и иные ценности, которые могут удовлетворять материальные и иные

потребности субъектов права и вовлечены в сферу отношений, регулируемых гражданским правом"⁹.

Исходя из таких рассуждений, предлагаем следующее определение энергии. Энергия - это специфический объект гражданских прав, имущественное благо, признанное удовлетворять потребности субъектов гражданских прав в получении тепла, силового компонента технологии света, предусмотренные законодательными актами или договорными способами.

Естественная специфика этого товара обуславливает ряд существенных особенностей его оборота, отмеченных выше. Обычно передача энергии потребителю невозможна без использования специальных технических средств, соответствующей инфраструктуры: линий электропередач, газо- и водопроводов, трансформаторных и насосных станций и т.д. Потребление энергии также требует специального оборудования: инженерных коммуникаций, контрольно-измерительных приборов, средств обеспечения безопасности. Система технических устройств, обеспечивающих получение и безопасное использование **энергии** потребителем, называется **присоединенной сетью**. Возможность передачи и потребления энергии только через присоединенную **сеть** является одной из главных особенностей договора энергоснабжения. Она позволяет отличать его от сходных обязательств, например поставки. Так, договор, по которому осуществляется продажа природного газа в баллонах, будет оформляться как поставка или купля-продажа. Если же газ передается потребителю через **присоединенную сеть** - налицо договор энергоснабжения. Этот договор является разновидностью купли-продажи и регулируется нормами § 5 главы 25 ГК.

Договор энергоснабжения является **консенсуальным, возмездным, взаимным**. В силу прямого указания п. 2 ст. 482 ГК это - договор **публичный**, однако требовать его заключения абонент вправе лишь при наличии у него необходимого энергопринимающего оборудования, присоединенного к сетям энергоснабжающей организации (п. 1 ст. 483 ГК). В зависимости от предмета и состава участников договора энергоснабжения выделяются такие его **разновидности**, как: договор снабжения электрической энергией, договор о реверсивных перетоках электроэнергии, договор о взаимном резервировании электроснабжения, договор о снабжении газом, договоры снабжения тепловой энергией, водой, нефтью и нефтепродуктами и другие. **Выделение** особых видов энергоснабжения, обусловленных только личностью потребителей (производственных, сельскохозяйственных предприятий, государственных учреждений, других некоммерческих организаций и т.п.), нецелесообразно, поскольку эти особенности влияют в основном лишь на цену договора. Однако специфика энергоснабжения абонентов-граждан проявляется и в особом характере прав и обязанностей сторон по договору, что позволяет выделить его в особый вид договора энергоснабжения.

"Для договора поставки особые свойства товара не относятся к квалифицирующим признакам, позволяющим выделять этот договор в отдельный вид договора купли-продажи. В отношении же договора энергоснабжения именно уникальная специфика товара - энергии, как свойства материи производить определенную работу, является тем критерием, который служит основанием для выделения договора энергоснабжения в отдельный вид договора купли-продажи".

Сторонами договора энергоснабжения могут выступать граждане и юридические лица. Продавцом по договору обычно является предприниматель - энергоснабжающая организация (электростанция, производитель или перепродавец газа).

Энергоснабжающая организация - коммерческая организация, осуществляющая продажу потребителям произведенной или купленной электрической мощности, электрической и (или) тепловой энергии.

Потребитель - физическое или юридическое лицо, использующее на основе договора электрическую мощность, электрическую и (или) тепловую энергию.

В целях развития конкуренции на отдельных товарных рынках (например, электроэнергетики) государство устанавливает специальные требования к субъектному составу договоров энергоснабжения. Так, продажа и покупка электрической энергии на республиканском оптовом рынке электрической энергии осуществляются на основании договоров с уполномоченными органами.

Особенностью деятельности продавца по договору энергоснабжения по осуществлению производства, передачи, распределения и реализации электрической и (или) тепловой энергии и экспортно- импортных операций энергоснабжения (любых операций с электрической и тепловой энергией) является то, что она требует **лицензирования**.

Другой особенностью договора энергоснабжения является то, что, учитывая специфику поставляемого товара (энергии), как представляющего определенную опасность для жизни и окружающей природной среды, предусматривается обязательный технический надзор за исполнением данного договора.

Надзор за выполнением организациями технических требований нормативных правовых актов и требований к лицензируемым видам деятельности в сфере электроэнергетики, а также контроль за соблюдением правил пользования электрической и тепловой энергией осуществляются государственной организацией по государственному энергетическому надзору (Госэнергонадзор).

Госэнергонадзор имеет право в установленном законодательством порядке:

1) ставить вопрос о привлечении к ответственности физических и юридических лиц, допускающих нарушения требований нормативных правовых актов Республики Казахстан, регламентирующих безопасность эксплуатации объектов электроэнергетики, обязательства по энергосбережению и сохранность энергетического оборудования;

2) доступа к электро- и энергоустановкам и к приборам технического и коммерческого учета;

3) проводить проверку для осуществления контроля технического состояния и безопасности эксплуатации электро- и энергоустановок.

Договор энергоснабжения может быть заключен между двумя энергоснабжающими организациями (электростанции), которые обязуются восполнять друг у друга дефицит энергии или мощности в период пиковых нагрузок или спадов энергопотребления. В результате происходит последовательный переток энергии во встречных направлениях - реверс. Его сторонами являются два промышленных абонента (потребителя энергии), взаимно гарантирующих бесперебойное снабжение друг друга энергией. Если один из абонентов не сможет получать энергию через свою присоединенную сеть, его будет снабжать другой абонент. Условия этого договора существенно различаются в зависимости от того, кто является потребителем: посредническая сбытовая организация или конечный потребитель.

Алматинская ГРЭС выступает либо как покупатель, либо в качестве продавца электроэнергии. В отдельных случаях продавцом по договору энергоснабжения может выступать первичный потребитель, передающий принятую им энергию другому лицу (субабоненту) с согласия энергоснабжающей организации. Покупателем (абонентом) по договору может быть как юридическое лицо (в том числе перепродавец), так и гражданин.

Предметом договора энергоснабжения, который является его единственным существенным условием, выступают энергия (в различных формах).

Цена договора в большинстве случаев определяется не самими

сторонами, а утвержденными государством тарифами. При заключении договоров передачи электрической мощности и электрической энергии стороны в части установления тарифов на передачу электрической мощности и электрической энергии обязаны руководствоваться решениями регулирующего органа.

Для тепловых электростанций предусмотрены зональные (территориальные) тарифы. Для отдельных групп потребителей (граждане, сельскохозяйственные предприятия, промышленные предприятия с различным уровнем энергопотребления) устанавливаются поправочные коэффициенты к тарифам или специальные способы расчета цен (по принципу "себестоимость плюс определенная норма прибыли"). Так, индивидуальные тарифы установлены на электроэнергию, отпускаемую атомными электростанциями.

Абонент может передавать энергию другому лицу (субабоненту) только с согласия энергоснабжающей организации. К договору по передаче абонентом энергии субабоненту применяются правила & 5 главы 25 ГК о договоре энергоснабжения, если иное не предусмотре-

но законодательными актами или договором. При передаче энергии субабоненту ответственным перед энергоснабжающей организацией остается абонент, если иное не уставлено законодательными актами (ст. 489 ГК).

Договор энергоснабжения, по общему правилу, считается заключенным на неопределенный срок (п. 2 ст. 483 ГК). Однако договоры с участием юридических лиц обычно содержат условие о сроке, продолжительность которого определяется самими сторонами. Пункт 2 ст. 483 ГК устанавливают специальные правила о сроках, направленные на обеспечение бесперебойного снабжения потребителей энергией. Так, договор, заключенный на срок, считается продленным на тот же срок, если до его окончания ни одна из сторон не заявит об обратном. Если же стороной внесено предложение о заключении нового договора, то прежнее соглашение продолжает действовать вплоть до замены его новым.

Форма и порядок заключения договора различаются в зависимости от личности абонента и целей использования товара. Так, договор на энергоснабжение юридических лиц или граждан-предпринимателей всегда заключается в письменной форме. Если же абонентом выступает гражданин, использующий энергию для бытового потребления, договор считается заключенным с момента первого фактического подключения абонента к присоединенной сети в установленном порядке (п. п. 1, 2 ст. 483 ГК). Это правило имеет двойное значение. Во-первых, договор энергоснабжения гражданина может заключаться путем подключения к сети (без облечения в письменную форму). Во-вторых, такой договор, совершенный в письменной форме, вступит в силу лишь с момента фактического подключения к сети.

Содержание договора энергоснабжения. Главной обязанностью продавца является подача абоненту энергии (энергоносителей): а) в определенном количестве; б) с соблюдением согласованного режима подачи; в) установленного качества.

Договор купли-продажи и передачи на оптовом рынке электрической мощности и электрической энергии должен содержать:

1) порядок регулирования суточного и сезонного изменения подачи электрической мощности и электрической энергии;

2) порядок резервирования электрической мощности на случай возникновения аварийного повреждения технологического оборудования;

3) порядок прекращения отпуска, передачи и распределения электрической мощности и электрической энергии в случае несвоевременной оплаты исполнения договоров;

4) ответственность энергопроизводящих и энергопередающих организаций перед покупателем за перерыв, прекращение или ограничение подачи электрической мощности и электрической энергии, не предусмотренных договором.

Количество подаваемой энергии, как следует из толкования п. п. 1 и 2 ст. 484 ГК, относится к существенным условиям договора лишь тогда, когда абонентом является юридическое лицо или гражданин, использующий энергию для предпринимательских целей. Одна из особенностей условия о количестве в договоре энергоснабжения состоит в том, что оно определяет предельное количество энергии, которое вправе получить абонент. Фактическое количество потребленной

энергии, как правило, меньше установленного договором максимума и определяется в соответствии с данными учета (например, показаниями электросчетчика). В большинстве случаев договор энергоснабжения дает абоненту право изменить количество принимаемой энергии в одностороннем порядке (условие "около"), возместив при этом дополнительные расходы продавца. Гражданин, использующий энергию для бытовых нужд, вправе получать ее в любом необходимом ему количестве (п. 3 ст. 484 ГК). Следовательно, в таком договоре энергоснабжения условие о количестве не относится к существенным.

Особенность энергии в физическом смысле состоит в тесной взаимосвязи ее количественных и качественных характеристик. Поэтому любое нарушение условия о количестве неизбежно влечет изменение качества (при прочих равных условиях). Таким образом, подача энергоснабжающей организацией меньшего, нежели согласованное сторонами, количества энергии означает либо перерыв в подаче (то есть нарушение режима), либо ухудшение качества энергии. Соответствующим образом определяются и последствия такого нарушения. Законодательство допускает, что режим подачи энергии, то есть количество и качество энергии, передаваемой в разное время, определяется соглашением сторон. По общему правилу, снабжение энергией должно производиться путем ее непрерывной подачи абоненту. Однако договор может предусматривать и условия о перерывах (прекращениях) и ограничениях подачи. Энергоснабжающая организация может подать меньшее количество энергии, не прерывая подачи, например, в следующих случаях: понизив давление газа в трубопроводе или его теплотворную способность (изменив химический состав); снизив мощность, которую может использовать потребитель электроэнергии (в результате чего падает напряжение); уменьшив температуру и (или) давление горячей воды в отопительных сетях. В этих случаях нарушение условия о количестве одновременно является и нарушением условия о качестве энергии, и наоборот. Также снабжение энергией может прерываться (прекращаться) или ограничиваться энергоснабжающей организацией в одностороннем порядке для предотвращения или ликвидации аварий.

В отличие от условий об ассортименте купли-продажи и периодичности поставок, **режим (график) подачи энергии** является существенным условием договора (если абонент - юридическое лицо или гражданин-предприниматель). Гражданин, использующий энергию для бытовых нужд, вправе потреблять ее в любом режиме. Нарушение согласованного режима подачи энергии влечет применение к энергоснабжающей организации мер гражданско-правовой ответственности.

Качество подаваемой энергии должно соответствовать требованиям государственных стандартов и другим обязательным правилам. Отдельные качественные показатели устанавливаются соглашением сторон договора (например, напряжение электроэнергии, температура горячей воды, давление газа). Способы определения качества энергии, учитывая их техническую сложность, обычно регулируются в императивном порядке специальными нормативными актами, реже - соглашением сторон. Нарушение энергоснабжающей

организацией условия о качестве дает абоненту право отказаться от оплаты такой энергии, а также взыскать убытки в форме реального ущерба. Но, если он все же использовал недоброкачественную энергию, энерго-снабжающая организация вправе требовать возмещения абонентом стоимости того, что он неосновательно сберег вследствие использования этой энергии по правилам о неосновательном обогащении (п. 2 ст. 956 ГК).

Порядок и сроки расчетов за энергию определяются законодательством или соглашением сторон. Так, оплата электрической и тепловой энергии, а также газо- и водоснабжения гражданами-потребителями производится ежемесячно не позднее 10-го числа месяца, следующего за оплачиваемым. Сроки расчетов по договорам между юридическими лицами определяются соглашением сторон. Просрочка оплаты энергии абонентом свыше определенного срока дает энергоснабжающей организации право прекратить подачу энергии. Кроме того, возможно взыскание с абонента неустойки, размер которой определяется либо соглашением сторон (в договорах с участием юридических лиц), либо нормативным актом (в договорах энергоснабжения граждан).

Дополнительные обязанности энергоснабжающей организации предусмотрены для договоров с абонентами-гражданами, использующими энергию для бытового потребления. В этих случаях энергоснабжающая организация должна обеспечивать безопасность (надлежащее техническое состояние) энергетических сетей и приборов учета потребления энергии (п. 2 ст. 487 ГК), а также несет другие обязанности.

Обязанности абонента по договору энергоснабжения значительно отличаются от обязанностей покупателя при купле-продаже и включают:

- а) обеспечение безопасности потребления энергии;
- б) соблюдение установленного режима потребления;
- в) оплату принятой энергии;
- г) информирование энергоснабжающей организации о нарушениях, возникающих при пользовании энергией.

Отдельными разновидностями договора энергоснабжения могут устанавливаться дополнительные обязанности абонента. Так, при снабжении абонента тепловой энергией он обязан возвращать энергоснабжающей организации обратную сетевую воду (при получении горячей воды) или конденсат (при получении пара). Потребитель обязан обеспечивать безопасность использования энергии, для чего необходимо поддерживать в надлежащем техническом состоянии составные части присоединенной сети, находящиеся в его ведении (п. 1 ст. 487 ГК). Эта обязанность не распространяется на граждан, использующих энергию для бытовых нужд (п. 2 ст. 487 ГК). Однако граждане-потребители должны соблюдать правила техники безопасности при пользовании энергией, в том числе поддерживать в исправном состоянии соответствующие устройства и приборы (краны, газовые и электрические плиты, внутриквартирную электропроводку и т. п.). Соблюдение абонентом режима потребления энергии, установленного законодательством и договором, необходимо для обеспечения интересов других абонентов. Так, перерасход энергии одними абонентами (особенно в период пиковых нагрузок энергосистемы) может сказаться на подаче ее другим в необходимом количестве. Кроме того, вследствие несоблюдения режима потребления может пострадать и качество энергии. Применительно к электроснабжению законодательство специально регулирует обязанность промышленного потребителя поддерживать качество электроэнергии на соответствующем уровне. Нарушение установленного режима потребления дает энергоснабжающей организации право на взыскание с абонента реального ущерба, а в некоторых случаях - неустойки.

Абонент должен **оплачивать** принятую им энергию. Поскольку обязанности принятия энергии по договору энергоснабжения не существует, абонент оплачивает только фактически принятое им количество энергии в соответствии с данными учета (п. 1 ст. 488 ГК). Абонент обязан немедленно сообщать энергоснабжающей организации обо всех авариях, пожарах, неисправностях приборов учета энергии и об иных нарушениях, возникающих при пользовании энергией независимо от того, по чьей вине они произошли. Закон не устанавливает специальных последствий нарушения этой обязанности.

Следовательно, оно влечет применение общих мер гражданской ответственности. В дополнение к общим правам покупателя, предусмотренным § 1 главы 25 ГК, по договору энергоснабжения **абонент имеет права:** во-первых, принять нужное ему количество энергии в пределах, предусмотренных договором, что означает и возможность одностороннего отказа абонента от принятия энергии; во-вторых, с согласия энергоснабжающей организации передать принятую им энергию субабоненту.

Ответственность по договору энергоснабжения. Основания применения мер гражданско-правовой ответственности различаются в зависимости от субъекта договора энергоснабжения. Так, граждане, использующие энергию для бытовых нужд, отвечают за нарушение условий договора лишь при наличии своей вины. Лица, нарушившие договор при осуществлении ими предпринимательской деятельности (индивидуальные и коллективные предприниматели), несут ответственность на началах риска. Однако из этого правила сделано одно исключение для энергоснабжающих организаций. Если перерыв в подаче энергии абоненту произошел по основаниям, допускаемым законодательством, энергоснабжающая организация несет ответственность за причиненные убытки лишь при наличии своей вины. Такими основаниями являются, в частности, перерыв или прекращение подачи энергии, которые были необходимы для принятия неотложных мер по предотвращению или ликвидации аварий в системе энергоснабжающей организации. В остальных случаях энергоснабжающая организация отвечает за убытки, причиненные абоненту, независимо от вины. Нарушение договора энергоснабжения, как правило, влечет тяжелые последствия, иногда даже может явиться причиной выхода из строя уникального оборудования, например, в сталелитейном производстве. Поэтому законодатель закладывает императивную норму о недопущении такого рода нарушений: согласно п. 3 ст. 490 ГК перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии для производства с непрерывным циклом не допускается. С другой стороны, многие нарушения абонентами условий энергоснабжения не- 90 медленно негативно сказываются на тысячах других потребителей. В этих условиях возложение на каждого из нарушителей договора всей полноты ответственности быстро привело бы к их банкротству и, в масштабах страны, сильно ударило бы по экономике. По этой причине законодатель ограничивает ответственность сторон договора за неисполнение или ненадлежащее исполнение его условий обязанностью возместить лишь реальный ущерб, причиненный нарушением (п. 1 ст. 491 ГК), то есть понесенные расходы, а также стоимость утраченного или поврежденного имущества. Наряду со взысканием убытков в виде реального ущерба ответственность за нарушение условий договора энергоснабжения может выражаться и в уплате неустойки (как правило, законной), основные случаи взыскания которой рассмотрены применительно к отдельным обязанностям сторон.

Прекращение договора энергоснабжения. Перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии допускается по соглашению сторон, за исключением случая, когда удостоверенное органом государственного энергетического надзора неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента угрожает аварией или создает

угрозу жизни и безопасности граждан. О перерыве в подаче, прекращении или ограничении подачи энергии энергоснабжающая организация должна заблаговременно предупредить абонента.

Договор энергоснабжения не предусматривает обязанности гражданина, использующего энергию для бытового потребления, принимать энергию. Отсюда логически вытекает право такого абонента расторгнуть договор в одностороннем порядке, уведомив об этом энергоснабжающую организацию (п. 4 ст. 490 ГК), но при условии полной оплаты использованной энергии. Аналогичной возможности для юридических лиц и граждан-предпринимателей закон не предусматривает. Однако, в силу общих правил ст. 401 ГК, указанные абоненты также могут требовать расторжения договора в случаях его существенного нарушения энергоснабжающей организацией или существенного изменения обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора. Если абонентом по договору энергоснабжения выступает юридическое лицо, энергоснабжающая организация вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора в случаях существенного нарушения абонентом условий договора.

Договор о снабжении товарами через присоединенную сеть. Рассмотренные в данном параграфе правила о договоре энергоснабжения применяются главным образом к снабжению электрической энергией. Отношения по снабжению тепловой энергией регулируются самостоятельно, но правила § 5 главы 25 ГК о договоре энергоснабжения применяются к ним, если иное не предусмотрено законодательными актами (п. 1 ст. 492 ГК).

Правила этого параграфа применяются и к иным отношениям по снабжению через присоединенную сеть (не связанным со снабжением энергией). Речь идет об энергоносителях, то есть веществах, выделяющих энергию (газ, нефть, нефтепродукты) и других товарах, снабжение которыми может осуществляться, как правило, через присоединенную сеть, такие как вода, пар и другие товары (п. 2 ст. 492 ГК).

Общим для всех этих отношений является то, что они осуществляются через присоединенную сеть. Это предполагает особый режим потребления продукции, необходимость для абонента обеспечивать безопасность эксплуатации, наличие у снабжающей организации права осуществлять надзор и контроль за соблюдением абонентом режима получения соответствующей продукции и другие особенности.

Выявление общих признаков позволяет объединить все эти договоры в одну группу, которую было предложено назвать «договоры о снабжении продукцией через присоединенную сеть»¹⁰. Это наименование используется в ГК (п. 1 ст. 482, ст. ст. 484, 485, 492 и другие).

§ 6. Договор продажи предприятия

По договору продажи предприятия продавец обязуется передать в собственность покупателя предприятие в целом как имущественный

¹⁰ См., например: Корнеев С.М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. М., 1953. С. 14; Сейнаров Б.М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. 85 Алма-ата, 1975; Гражданское право. В 2-х томах. Т. 2. Полутом 1. Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Изд-ство «Бек», 1999. С. 325-327. 92

комплекс (ст. 119 ГК), за исключением прав и обязанностей, которые продавец не вправе передавать другим лицам (п. 1 ст. 493 ГК).

Специфика предмета этого договора обуславливает и особенности его регулирования. Во-первых, договор купли-продажи предприятия является одной из разновидностей продажи недвижимости. Во-вторых, понятие "предприятие" используется ГК в двух значениях: как субъект права (например, государственные и казенные предприятия) и как объект права. В последнем смысле предприятие понимается как особый вид имущества, обладающий специфическими свойствами и представлен как предмет договора купли-продажи.

Предприятием, как объектом прав, признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности.

Предприятие в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью.

В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, право на земельный участок, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие его деятельность (фирменное наименование, товарные знаки), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

Предприятие в целом или его часть могут быть объектом купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав (п. 3 ст. 119 ГК). В данном случае предприятие рассматривается как единый имущественный комплекс. **Предприятие как единый имущественный комплекс,** представляет собой не просто совокупность разрозненных предметов, а одну непотребляемую, сложную (совокупную) вещь.

Договор продажи предприятия является **консенсуальным, возмездным, взаимным.**

Стороны договора продажи предприятия - обычно предприниматели: граждане или коммерческие организации. При продаже государственных предприятий в ходе приватизации продавцами выступают соответствующие департаменты по управлению государственным имуществом - республиканский или территориальный, а покупателями могут быть только негосударственные организации и граждане. В предусмотренных законом случаях продажа предприятий может носить прямой адресный характер, то есть заранее оговоренному субъекту. Так, например, в соответствии с Указом о приватизации (ст. 15) прямой адресной продаже подлежат объекты, переданные в порядке, установленном Указом о приватизации, с правом последующего выкупа в аренду или в **доверительное управление** соответственно арендатору или доверительному управляющему.

Предусматривается также возможность продажи предприятия по индивидуальным проектам определенному инвестору на оговоренных условиях в случае, если объект не был продан на торгах.

По общему правилу п. 4 ст. 493 ГК, права, полученные на основании специального разрешения (лицензии) на занятие соответствующей деятельностью, не подлежат передаче покупателю предприятия, если иное не установлено законодательными актами. Включение в состав передаваемого по договору предприятия

обязательств, исполнение которых покупателем невозможно при отсутствии у него специального разрешения (лицензии), не освобождает продавца от соответствующих обязательств перед кредиторами. За неисполнение обязательства продавец и покупатель несут перед кредиторами солидарную ответственность. Поэтому для покупки отдельных видов предприятий требуется наличие лицензии, то есть для работы с продаваемым предприятием необходимо разрешение покупателю на занятие той или иной деятельностью.

Статьей 493 ГК установлены повышенные требования к определению предмета договора купли-продажи предприятия: в нем обязательно должен предусматриваться состав продаваемого предприятия, который устанавливается на основе его полной инвентаризации. В составе предприятия имеются **материальные и нематериальные элементы**. К первым относятся: помещения, здания, сооружения (и земельные участки) с соответствующим оборудованием, сырье, полуфабрикаты, готовые изделия, горючесмазочные материалы и т. д., а также наличные денежные средства. Под нематериальными элементами предприятия понимают **имущественные права и обязанности обязательственного характера** (в том числе кредиторскую и дебиторскую задолженность), **исключительные права на результаты творческой деятельности** (патентные, авторские права и т. д.), **исключительные права в отношении средств индивидуализации** продавца и его товаров (фирменное наименование, товарные знаки и др.).

Предметом договора может быть не только предприятие в полном составе, находящееся в собственности покупателя. Одной из важнейших особенностей предмета этого договора является наличие в его составе **обязанностей (долгов)** продавца перед третьими лицами. Продажа предприятия - это единственный вид купли-продажи, допускающий возмездное отчуждение субъективных обязанностей. Продажа обязанности означает в то же время перевод долга (перед третьим лицом - кредитором) с продавца на покупателя, что возможно лишь с согласия кредитора (п. 1 ст. 348 ГК). Поэтому ст. 496 ГК подробно регулирует обязанности сторон договора по уведомлению кредиторов и соответствующие права последних.

Существенным условием договора продажи предприятия является его **цена**, то есть стоимость предприятия, которая определяется соглашением сторон, если иное не установлено законодательными актами. Но при этом п. 2 ст. 495 ГК говорит о необходимости до подписания договора подготовить ряд документов, непосредственно влияющих на определение цены: акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора о составе и стоимости предприятия, а также перечень всех долгов (обязательств), **включаемых** в состав предприятия, с указанием кредиторов, характера, размера и сроков их требований (п. 2 ст. 495 ГК). Следует иметь в виду, что **эти** документы являются основанием для заключения договора купли-продажи предприятия как особого объекта, но не имеют значения для установления цены вещи-предприятия. Имущество, права и обязанности, указанные в названных документах, подлежат передаче продавцом покупателю при заключении договора (п. 1 ст. 494 ГК), если иное не вытекает из ст. 493 ГК и не установлено договором.

Именно здесь несоблюдение этих формальных требований (о наличии вышеназванных документов) влечет недействительность договора.

Форма договора продажи предприятия определяется аналогично правилам продажи недвижимости. Договор должен заключаться в письменной форме путем составления одного документа (п. 1 ст. 494 ГК). При продаже государственных предприятий начальная цена аукциона (конкурса) определяется специальными нормативными актами в порядке, установленном п. 1 ст. 14 Указа о приватизации и "Правилами предпродажной подготовки и продажи имущества (активов) ликвидируемых организаций, признанных банкротами по инициативе государства", утвержденных Постановлением Правительства Республики Казахстан № 759 от 11 августа 1998 г. Так, ст. 22 этих Правил установлено, что продажа имущества (активов) осуществляется согласно плану продажи на торгах (аукцион по английскому либо голландскому методу) с соблюдением принципов гласности, публичности и доступности. Причем, продажа имущества, выставяемого на аукцион впервые, производится по английской схеме торгов. В случае признания аукциона несостоявшимся имущество выставяется на аукцион по голландскому методу (п. 23 этих Правил).

Особенностью договора продажи предприятия является и то, что он подлежит государственной регистрации и вступает в силу с момента ее совершения (п. 2 ст. 294 ГК).

Содержание договора продажи предприятия. В соответствии со ст. 497 передача предприятия продавцом покупателю осуществляется

по **передаточному акту**, в котором указываются данные о составе предприятия и об уведомлении кредиторов о его продаже, сведения о выявленных недостатках переданного имущества и перечень имущества, которое не может быть передано ввиду его утраты (п. 1 ст. 497 ГК). Значение передаточного акта для исполнения договора продажи предприятия состоит в том, что с момента его подписания предприятие считается переданным покупателю (п. 2 ст. 497 ГК). С этого же момента на покупателя переходит риск случайной гибели или повреждения имущества, составляющего предприятие (но не право собственности). Подготовка предприятия к передаче, включая составление и представление на подписание передаточного акта, является обязанностью продавца и осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 497 ГК). Значимость передаточного акта проявляется и в том, что предприятие считается переданным покупателю с момента подписания передаточного акта при условии, что продавец к этому времени обеспечил фактическую возможность покупателю беспрепятственно принять предприятие, так как обязанность по фактической передаче вещи покупателю - главная обязанность продавца во всех договорах купли-продажи. Но осуществить фактическую передачу предприятия путем вручения покупателю невозможно, тем более, одновременно, так как предприятие - сложный имущественный комплекс, состоящий из множества элементов. В предусмотренных законом случаях, продавцу вменяются дополнительные обязанности: так, например, согласно ст. 18 Указа о приватизации продавец обязан представить покупателю информацию об экологическом состоянии объекта приватизации по индивидуальному проекту. Покупатель вправе проверить экологическое состояние объекта.

Обязанность перенести на покупателя право собственности прямо вытекает из легального определения договора продажи предприятия. В соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 498 ГК непосредственно после передачи предприятия покупателю право собственности на предприятие (переход права собственности) должно быть зарегистрировано за покупателем, если иное не предусмотрено договором. В результате выстраивается стройная последовательность действий по перенесению на покупателя права собственности: подписание и государственная регистрация договора, подписание передаточного акта (то есть передача предприятия), регистрация права собственности. С момента перехода к покупателю права собственности продавец считается исполнившим свое обязательство по договору. Моменты перехода права собственности и рисков случайной гибели предприятия определены законом императивно и не совпадают во времени. В отношении права собственности это объясняется общим правилом п. 2 ст. 238 ГК. То- 96 гда как определение момента перехода рисков, приуроченного к передаче предприятия, имеет несколько иное обоснование. Так, покупатель, получивший предприятие по передаточному акту, до момента приобретения права собственности отнюдь не лишен всех прав в отношении предприятия. В случаях, когда договором предусмотрено сохранение за продавцом права собственности на предприятие, переданное покупателю до оплаты предприятия или

до наступления иных обстоятельств, покупатель вправе до перехода к нему права собственности распоряжаться имуществом и правами, входящими в состав передаваемого предприятия, в той мере, в какой это необходимо для обеспечения деятельности предприятия как имущественного комплекса (п. 3 ст. 498 ГК).

В силу прямого указания п. 1 ст. 499 ГК последствия нарушения продавцом условий о количестве (комплекте) и качестве определяются аналогично общим положениям о купле-продаже.

Достаточно защищены права покупателя при продаже "некачественной" или некомплектной вещи-предприятия. В случаях, когда предприятие передано и принято по передаточному акту, в котором указаны сведения о выявленных недостатках предприятия и утраченном имуществе (п. 1 ст. 497 ГК), покупатель вправе требовать соответствующего уменьшения покупной цены предприятия, если в таких случаях право на предъявление иных требований не предусмотрено договором.

Покупатель вправе также требовать соответствующего уменьшения покупной цены предприятия при получении имущества ненадлежащего качества либо в меньшем количестве (некомплектное) (п. 2 ст. 499 ГК). Однако, такое право является способом защиты покупателя только тогда, когда недостатки или отсутствие отдельных вещей были оговорены в передаточном акте (то есть были известны покупателю на момент передачи предприятия). Если же указанные нарушения не были известны покупателю и обнаружены уже после передачи предприятия, он обладает всеми указанными выше средствами защиты по общим нормам о купле-продаже. Покупатель вправе требовать уменьшения покупной цены и в случае передачи ему в составе предприятия долгов (обязательствах) продавца, которые не были указаны в договоре или передаточном акте, если продавец не докажет, что покупатель знал о долгах (обязательствах) во время заключения договора и передачи предприятия.

Предусмотрен судебный порядок расторжения или изменения договора продажи предприятия: покупатель вправе в судебном порядке требовать расторжения или изменения договора и возвращения того, что исполнено сторонами по договору, если установлено, что предприятие ввиду недостатков, за которые продавец отвечает, непригодно для целей, названных в договоре продажи, и эти недостатки не устранены продавцом на условиях, в порядке и сроки, установленные в соответствии с ГК, законодательными актами или договором, либо устранение недостатков невозможно (п. 5 ст. 499 ГК).

При определении последствий нарушения условий договора продажи предприятия необходимо учитывать требования ст. 500 ГК. Так, требования одной или обеих сторон о возврате или взыскании в натуре полученного по договору подлежат удовлетворению, если это не нарушает существенно прав и интересов кредиторов сторон (других лиц) и не противоречит общественным интересам. Продавец обязан передать покупателю имущество **свободным от прав третьих лиц**. Специфика этой обязанности при продаже предприятия обусловлена тем, что предмет договора, как правило, включает в себя обязательства перед третьими лицами. В данном случае продавец должен предупредить покупателя

обо всех имеющихся правах третьих лиц на предприятие и перевести на последнего свои долги надлежащим образом. Подписывая передаточный акт, в котором зафиксирован перечень всех долгов, продавец одновременно извещает о них покупателя и передает ему долги. Надлежащее совершение перевода долга по договору продажи предприятия требует **обязательного уведомления и получения согласия кредиторов** (ст. 496 ГК). Кредиторы по обязательствам, включенным в состав продаваемого предприятия, должны быть письменно уведомлены продавцом о продаже предприятия до его передачи покупателю. В противном случае после передачи предприятия покупателю продавец и покупатель несут солидарную ответственность по включенным в состав переданного предприятия долгам, которые были переведены на покупателя без согласия кредитора.

Кредитор, который не был уведомлен о продаже предприятия в порядке, предусмотренном п. 1 ст. 496 ГК, может предъявить иск об удовлетворении следующих требований: прекращения или досрочного исполнения обязательства и возмещения продавцом причиненных этим убытков, либо признания договора продажи предприятия недействительным полностью или в соответствующей части. Кредитор, который в надлежащем порядке был уведомлен о продаже предприятия, имеет в течение трех месяцев аналогичные права.

Основная обязанность покупателя по договору - **оплата полученного предприятия**. Порядок и сроки оплаты определяются в соответствии с общими положениями о купле-продаже. Для отдельных объектов действующим законодательством предусматривается особый порядок оплаты и расчетов. Так, при приватизации оплата приобретаемого объекта должна быть произведена в течение тридцати дней⁹⁸ со дня подписания договора купли-продажи. Оплата в рассрочку допускается лишь в случаях, когда условия возможной рассрочки были заблаговременно доведены до сведения участников торгов. Размер первоначального взноса при продаже в рассрочку приватизируемого объекта не может быть меньше пятнадцати процентов от цены продажи, а период рассрочки не должен превышать трех лет. При внесении последующих сумм применяются правила исполнения денежного обязательства. При продаже в рассрочку на еще не внесенные суммы начисляются проценты в размере, установленном соглашением сторон.

Обязанность принять товар применительно к продаже предприятий ГК специально не регулируется. Однако такая обязанность существует. Она выражается в совершении покупателем действий, необходимых для того, чтобы продавец мог считаться исполнившим свою обязанность по передаче предприятия. Соответственно покупатель не может неосновательно отказываться от подписания передаточного акта (если он соответствует условиям договора) и уклоняться от государственной регистрации права собственности на предприятие. В первом случае продавец сможет требовать от покупателя принятия предприятия (п. 3 ст. 497 ГК) путем подписания передаточного акта либо расторжения договора. Во втором - потребовать государственной регистрации перехода права собственности через суд. Эти требования могут

сопровождаться исками о взыскании с покупателя
причиненных убытков.

Глава 34. Договор мены

Мена является одним из первых и самых древних институтов гражданского права. Исторически договор мены зародился задолго до появления договора купли-продажи. Появлению денег как всеобщего эквивалента оценки товаров предшествовало состояние общества, в котором обменивались непосредственно товарами. Об этом свидетельствуют труды римских ученых, в которых подчеркивалась роль договора мены как предшественника договора купли-продажи.

Римляне долго в качестве средства обмена и платежного средства употребляли скот, в более поздний период они начинают употреблять металл, а именно медь, которая фигурирует в обороте в слитках... И лишь значительно позже появляется монета.

Однако и после появления металлических монет сделки купли-продажи являлись по существу обменом определенной вещи на соответствующее количество металла (медь, серебро, золото).

Интересен тот факт, что хотя исторически договор мены предшествовал договору купли-продажи, но в законодательстве он получил свое отражение гораздо позже договора купли-продажи.

На наш взгляд, причина здесь кроется в том, что договор мены и договор купли-продажи очень схожи по существу (по содержанию), поскольку каждая из сторон за вознаграждение получает в собственность необходимое ей имущество. Оба договора служат цели экономического обмена. "С точки зрения экономической, каждая купля-продажа представляется меной, потому что вещь обменивается на деньги, чтобы потом деньги обменять на вещи... Но рассматриваемый, исключительно, с точки зрения юридических средств достижения конечной цели, весь процесс экономического обмена разлагается на отдельные акты купли-продажи"¹¹. Когда появились деньги как всеобщий эквивалент оценки товаров, тогда и зародился договор купли-продажи, который как бы вытеснил собой договор мены и настолько, что из самого распространенного договора он перешел в категорию малоиспользуемых или так называемых "безымянных договоров".

В дальнейшем, когда договор мены попал в сферу гражданско-правового регулирования, законодательство посвящало его регламентации крайне незначительное число норм, **подчиняя его в основном положениям, регулирующим договор купли-продажи.**

Надо отдать должное дореволюционным российским ученым-цивилистам, которые договор мены не только рассматривали в качестве самостоятельного типа гражданско-правовых договоров в науке гражданского права, но и внесли его в дореволюционное гражданское законодательство¹².

В советский период развития гражданского права договор мены был сохранен в качестве самостоятельного типа гражданско-правовых договоров.

¹¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). М.: СИАРК 1995. С. 328-329.

¹² См.: Ст. 1781 Гражданского Уложения: Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения // Под ред. И. М. Тютрюмова. Т. 2. СПб. 1910. С. 354.

В ГК РСФСР 1922 г. имелся отдельный подраздел 5 Мена в разделе "Обязательственное право". Хотя и состоял подраздел всего из двух статей (ст. 206 и ст. 207), - это свидетельствовало об отношении к договору мены как к самостоятельному договору.

ГК КазССР также включал в себя отдельную главу "Мена", состоящую только из одной статьи (ст. 249). В тот период договор мены относительно мало был распространен в экономическом обороте. Участниками его могли быть в основном граждане. Юридические лица (социалистические организации) могли быть участниками договора мены лишь в случаях, предусмотренных законодательством СССР или КазССР. В остальных случаях договор мены между социалистическими организациями был запрещен.

Современные законодательства, ввиду небольшого значения мены, уделяют этому договору весьма мало внимания. В то же время во многих законодательных актах договор мены сохраняет свою самостоятельность и одновременно на него распространяются многие нормы о договоре купли-продажи.

Так в Германском гражданском уложении договор мены выделен в отдельный подраздел "Мена" главы 1 "Купля-продажа. Мена" (раздел седьмой "Отдельные виды обязательств" книги второй "Обязательственное право"), где норма параграфа 515 гласит "в отношении мены соответственно применяются предписания о купле-продаже"¹³.

В новый ГК Нидерландов включена глава 11, специально посвященная договору мены (книга 7 "Особые виды договоров", раздел 1 "Купля-продажа и мена"), состоящая из двух статей (ст. 49 и ст. 50). В частности, ст. 50 устанавливает, что положения относительно купли-продажи применяются соответствующим образом с учетом того, что каждая сторона рассматривается в качестве продавца в отношении своих обязательств и в качестве покупателя в отношении ей причитающегося.

Схожие нормы о применении соответствующих правил купли-продажи в отношении договора мены имеются в ГК РФ (ст. 567), в ГК Грузии (ст. 523) и других государств.

В новом ГК договор мены сохранен как самостоятельный тип гражданско-правовых договорных обязательств. Глава 26 ГК, состоящая из пяти статей (ст. ст. 501-505), регламентирует обязательства, вытекающие из договора мены.

Согласно ст. 501 ГК по договору мены каждая из сторон обязуется передать в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление другой стороны один товар в обмен на другой.

Договор мены отличается от купли-продажи только тем, что в нем один товар обменивается на другой товар, а не на деньги. Если сторона, приобретающая право собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) на товар, обязуется вознаградить другую сторону деньгами, то это будет уже не договор мены, а договор купли-продажи.

Но, как и в законодательных актах других стран, в ГК содержится норма о применении правил о

¹³ См.: Германское право. Часть 1: Гражданское уложение. // Пер. с нем. М., 1996. С. 106.

договоре купли-продажи к договору мены, если это не противоречит правилам главы 26 ГК и самому существу мены. При этом каждая из сторон признается продавцом товара, который она обязуется передать, и покупателем товара, который она обязуется принять в обмен.

Договор мены - консенсуальный, возмездный и взаимный.

Договор мены является **консенсуальным**, поскольку считается заключенным с момента, когда обмениваемые товарами стороны достигли соглашения по всем существенным условиям договора. Даже когда заключение и исполнение договора мены совпадают во времени, это не колеблет общего правила, поскольку закон не считает передачу товара (имущества) обязательным условием заключения договора мены.

Мена всегда **возмездна**, так как основанием исполнения обязательства по передаче товара является получение встречного удовлетворения в виде другого товара, и наоборот. В этом его отличие от договора купли-продажи, где в качестве встречного удовлетворения

поступают деньги, а не товары.

Поскольку каждая из сторон в договоре обладает и субъективными правами и обязанностями, мы можем характеризовать его как

⁸³ Договор мены является **срочным**. Сроки заключения и передачи товаров определяются самими сторонами. Но в случае, когда в соответствии с договором сроки передачи обмениваемых товаров не совпадают (ст. 503 ГК), сторона, исполнившая договор мены первой может воспользоваться правами, предоставленными ей ст. 284 1 К о взаимном исполнении обязательств, если налицо обстоятельства свидетельствующие о том, что исполнение другой стороной не будет произведено в установленный срок.

Сторонами договора мены могут выступать как физические, так и юридические лица, а также государство и административно-территориальные единицы.

ГК не предъявляет каких-либо специальных требований к субъектам договора мены. Пожалуй, единственным правилом здесь является то что каждая из сторон, участвующая в договоре мены, должна быть собственником обмениваемого имущества, либо обладать им на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.[^]

В отношении физических лиц, выступающих стороной в договоре мены действуют общие требования, предъявляемые гражданским законодательством к их правоспособности и дееспособности.

Государственные предприятия, осуществляющие деятельность на праве хозяйственного ведения, а также казенные предприятия не вправе без согласия собственника обменивать принадлежащие им здания, сооружения и другие основные фонды (п. 2 ст. 117 и п. 2 ст. 206 ГК)

Особенность государства как стороны в договоре мены определяется тем что его деятельность осуществляется через уполномоченные государственные органы или государственные юридические лица, а в случ[^] предусмотренных

законодательными актами, негосударственными юридическими лицами и отдельными гражданами.

Правда в юридической литературе высказывались различные мнения по поводу участия государства в договоре мены. Одни авторы считают "недопустимым участие государства в договоре мены"¹⁴ Другие признают государство полноправной стороной договора мены. На наш взгляд, поскольку государство и административно-территориальные единицы выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами, то есть являются равноправными субъектами гражданских прав, то следовательно могут выступать и стороной в любом договоре, включая и договор мены, если иное не предусмотрено законодательными актами.

Существенным условием договора мены является условие о предмете. Предметом мены является имущество (товары). Что касается определения товаров, передаваемых в порядке обмена, то здесь надо исходить из норм, регулирующих договор купли-продажи (п. 1 ст. 407 ГК), где товаром признаются вещи, как движимые, так и недвижимые, индивидуально-определенные и определяемые родовыми признаками. Ими могут быть любые вещи, не изъятые из гражданского оборота. Вещи, ограниченные в обороте, могут быть предметом мены только при наличии специального разрешения (лицензии) на право владения, пользования и распоряжения этой вещью, как у стороны, которая предлагает товар, так и у стороны, которая его приобретает.

Не могут быть предметом мены личные неимущественные блага и права (п. 3 ст. 115 ГК), а также субъективные личные гражданские обязанности.

В отношении обмена имущества (товара), который на момент заключения договора не существует, но который будет создан в будущем, законодатель конкретного запрета не предусматривает, поэтому возможность мены любых товаров, не изъятых из гражданского оборота, в том числе еще не созданных, сомнений не вызывает. Общее правило здесь таково: все, что может быть предметом возмездного отчуждения, применимо к предмету договора мены.

Согласно п. 3 ст. 501 ГК нормы, регулирующие договор мены, применяются и к обмену прав (работ, услуг), если иное не предусмотрено законодательными актами и не вытекает из существа соответствующих обязательств.

Форма договора мены. Мена имущества не подвергается со стороны законодателя никаким ограничениям и может совершаться как в устной, так и в письменной форме. Здесь применяются правила п. 2 ст. 151 ГК, где сказано, что сделка, для которой законодательством или соглашением сторон не установлена письменная (простая или нотариальная) или иная определенная форма, может быть совершена устно, в частности, все сделки, исполняемые при самом их совершении.

Мена недвижимого имущества совершается только в письменной форме и подлежит государственной регистрации.

Прежнее гражданское законодательство предусматривало мену только равноценного

¹⁴ Гражданское право: Учебник // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. 2. С. 113.
>S^EpaZcZu M. И., Витрянский В. В. Договорное право: Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 261.

имущества. В настоящее время данное положение остается общим правилом - обмениваемые товары **предполагаются равноценными**. Вместе с тем законодатель предусматривает возможность заключения договора мены неравноценными товарами. В таких случаях сторона, обязанная передать товар, цена которого ниже цены товара, предоставляемого в обмен, должна оплатить разницу в ценах непосредственно до или после исполнения обязанности передать товар, если иной порядок оплаты не предусмотрен договором.

Указание цены договора мены в денежных единицах необязательно. Иногда стороны, определив предмет договора мены, могут указать его цену только в натуральном выражении.

Содержание договора мены составляют права и обязанности сторон. Основной обязанностью каждой из сторон является передача товара в собственность другой стороны. При этом каждая из сторон несет расходы по передаче и принятию соответствующего товара самостоятельно (п. 1 ст. 502 ГК).

Важную роль в гражданском праве играет **момент переход права собственности** на обмениваемые товары. В интересах обеих сторон в договоре мены законодатель определил общее правило, по которому предусмотрен переход права собственности на обмениваемые товары **одновременно** после того, как обязательства по передаче товаров исполнены обеими сторонами, то есть после того, как произведена последняя по времени передача товара. Но допускается установление законодательными актами или соглашением сторон иных правил о переходе права собственности.

Регулирование отношений, связанных с применением ответственности за изъятие товара, полученного по договору мены, имеет свои особенности. Как известно, по договору купли-продажи продавец обязан передать покупателю товар свободным от каких-либо прав третьих лиц, за исключением случая, когда сам покупатель согласился принять товар, обремененный правами третьих лиц (п. 1 ст. 413 ГК). Данное положение в полной мере относится и к договору мены.

Статья 505 ГК определяет последствия изъятия имущества (товара), приобретенного в результате состоявшегося обмена. Но для наступления этих последствий необходимо наличие оснований для изъятия товара, которые содержатся в ст. 414 ГК. При наличии этих оснований потерпевшая сторона по договору мены вправе потребовать возврата товара, который она отдала в обмен другой стороне. Если же получить свой товар в натуре не представляется возможным, она вправе потребовать возмещения его стоимости в денежном выражении.

Глава 35. Договор дарения

По договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность, либо имущественное право (требование) к себе или третьему лицу, либо освобождает или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или перед третьим лицом (ст. 506 ГК).

Отличительной чертой договора дарения является его **безвозмездный характер**. В порядке дарения имущество переходит в собственность одаряемого безвозмездно. С юридической точки зрения под безвозмездностью следует понимать только то, что

передаваемой ценности не соответствует эквивалент¹⁵. Это означает, что даритель не получает никакого встречного предоставления со стороны одаряемого. При наличии встречной передачи вещи или права, либо встречного обязательства договор не признается дарением. По действующему законодательству он будет рассматриваться как притворная сделка. В силу п. 2 ст. 160 ГК к такому договору применяются нормы той сделки, которую стороны имели в виду.

Безвозмездность, как характерная черта договора дарения, объединяет его с договором ссуды. Но по договору дарения имущество переходит в собственность одаряемого, а ссуда влечет лишь временный переход права пользования к ссудополучателю.

Вторым отличительным признаком договора дарения является увеличение имущества одаряемого за счет уменьшения имущества дарителя. Причем, даритель, совершая дарение должен осознавать, что он совершает это за счет уменьшения своего имущества.

Имущество одаряемого увеличивается путем передачи ему дарителем вещи или имущественного права либо путем освобождения от обязанности. Даритель намеренно увеличивает имущество одаряемого за счет уменьшения собственного имущества.

Договор дарения - это **двусторонняя сделка**. В настоящее время такой точки зрения придерживаются большинство ученых-цивилистов. Этот вопрос уже не вызывает споров. Но было время, когда дарение было исключено из числа договоров. Так, в дореволюционном гражданском законодательстве дарение рассматривалось как основание возникновения вещных прав, в частности, как способ приобретения права собственности, то есть в общей части гражданского права. В основе такой доктрины лежал тот факт, что дарение, сопровождающееся передачей дара, не порождало никакого обязательства у одаряемого. Дарение существовало как односторонний акт. Позже сторонники противоположной точки зрения исходили из того, что дарение представляет собой сделку, основанную на взаимном соглашении, а не на воле одного дарителя. До принятия предлагаемого дара лицом одаряемым дарение не имеет смысла. Поэтому-то дарение признается договором¹⁶.

Дарение представляет собой не одностороннюю сделку дарителя, а его соглашение с одаряемым, то есть договор между ними, поскольку для осуществления дарения требуется согласованное волеизъявление обоих этих лиц¹⁷. Отсюда вытекает, что одним из признаков договора дарения является согласие одаряемого.

Из определения договора, содержащегося в ст. 506 ГК, вытекает, что дарение имеет место и тогда, когда даритель безвозмездно передает имущество, и тогда, когда он обязуется передать имущество в собственность. Отсюда вытекает, что договор дарения может рассматриваться как реальный и как консенсуальный.

Предметом договора дарения являются действия дарителя по передаче вещи в собственность

¹⁵ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). М.: Спарк, 1995. С. 337. 106

¹⁶ Шершеневич Г. Ф. Там же. С. 336.

¹⁷ Маковский А.Л. Дарение (глава 32) // ГК РФ. Часть вторая: текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М, 1996. С. 313.

одаряемого, по передаче имущественных прав, по освобождению от обязанностей перед собой или третьим лицом. Таким образом, предмет договора дарения как юридический объект можно разбить на три части:

- 1 - передача вещей в собственность одаряемого;
- 2 - передача дарителем имущественного права к самому себе либо к третьему лицу;
- 3 - освобождение одаряемого от имущественной обязанности перед дарителем либо перед третьим лицом.

Предмет договора как материальный объект составляют, прежде всего, вещи.

Под вещами гражданское законодательство понимает материальные предметы внешнего мира, которые имеют социальное свойство материальных благ, включая различные виды энергии, животный и растительный мир. При этом вещи, изъятые из гражданского оборота (о чем должно быть прямо указано в законодательных актах) не могут быть предметом договора дарения. Вещи с ограниченной оборото- способностью могут быть переданы одаряемому только с соблюдением установленного для такой вещи режима. В частности, если для обладания вещью необходимо иметь разрешение (лицензию), то она должна быть не только у дарителя, но и у одаряемого.

Помимо вещей предметом договора дарения могут быть деньги, ценные бумаги, результаты творческой интеллектуальной деятельности.

Наряду с вещами, ГК к предмету договора дарения относит передачу имущественных прав, а также освобождение от имущественной обязанности перед собой или третьим лицом.

По договору дарения, предусматривающему передачу одаряемому имущественного права (требования) дарителем к самому себе могут передаваться не только обязательственные, но и отдельные вещные права¹⁸.

Передача одаряемому имущественного права (требования) к третьему лицу осуществляется путем уступки (безвозмездной) этого права одаряемому с соблюдением правил, предусмотренных ст. ст. 345-347 ГК, регулирующих цессию. Так, по договору дарения не могут быть переданы права неразрывно связанные с личностью дарителя (например, требования об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, либо права по обязательству, где личность дарителя как кредитора имеет существенное значение для должника).

Освобождение от обязанности перед самим дарителем считается прощением долга. Соглашение о прощении долга будет рассматриваться как договор дарения только в том случае, когда в нем нет встречного предоставления во взаимоотношениях сторон, то есть когда он безвозмездный.

Освобождение от обязанности перед третьим лицом именуется переводом долга, так как такая обязанность переходит от одаряемого к дарителю. Даритель занимает место должника в обязательстве, освобождая тем самым от него одаряемого. Перевод долга допускается лишь с согласия кредитора.

При обещании подарить все свое имущество или его часть необходимо указание на конкретный предмет дарения в виде вещи, права или освобождения от

99 ¹⁸ См.: Гражданское право: Учебник // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 4.2.6. 122. 108

обязанностей. Если это требование не соблюдено, обещание признается недействительным (п. 2 ст. 506 ГК). Также недействителен договор, предусматривающий передачу дара одаряемому после смерти дарителя. К такого рода дарению применяются правила ГК о наследовании (п. 3 ст. 506 ГК).

Сторонами договора дарения являются **даритель** и **одаряемый**. В качестве дарителя и одаряемого могут выступать любые субъекты гражданского права.

Если ранее (по ГК КазССР) договор дарения обычно заключался между гражданами, и в качестве дарителей в основном выступали граждане, так как дарение юридическими лицами (организациями) противоречило их правосубъектности, то по действующему законодательству в качестве как дарителя, так и одаряемого могут выступать любые субъекты гражданского права: физические лица, юридические лица, государство и административно-территориальные единицы.

Физические лица, участвующие в договоре дарения, должны отвечать требованиям, предъявляемым гражданским законодательством к их правоспособности и дееспособности. Даритель-гражданин должен быть собственником имущества, которое передается в дар.

Юридические лица могут заключать договор дарения, если это не противоречит их уставной деятельности. Предприятия, действующие на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, вправе совершать дарение только с согласия собственника-государства.

В отношении государства как стороны в договоре дарения были высказаны различные мнения в юридической литературе, но в настоящее время право государства совершать дарение, а также получать дар в качестве одаряемого не вызывает сомнений. Законодательство каких-либо ограничений на участие государства в договоре дарения не предусматривает. Но в отношении некоторых субъектов гражданского права законодателем установлены **запрещения и ограничения дарения**.

Статья 509 ГК содержит, во-первых, указание на стоимость подарков, которые запрещено дарить, во-вторых - исчерпывающий перечень лиц, которым запрещено делать такие подарки и которым запрещено получать такие подарки.

Не допускается дарение, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает размеров десяти месячных расчетных показателей, установленных законодательными актами:

1) от имени малолетних (до 14 лет) и граждан, признанных недееспособными (ст. 26 ГК), их законными представителями. Поскольку одной из отличительных черт договора дарения является увеличение имущества одаряемого за счет уменьшения имущества дарителя, законодатель ввел такой запрет для законных представителей. Эта норма введена для защиты имущественных интересов малолетних и признанных недееспособными лиц, которые в силу малого возраста или слабоумия (психического заболевания) не понимают значения действий, совершаемых их законными представителями от их имени. Между тем в результате дарения уменьшается размер их имущества, поскольку они выступают в роли дарителя;

2) работникам лечебных, воспитательных учреждений, учреждений социальной защиты и других аналогичных учреждений гражданами, находящимися в них на лечении, содержании или воспитании, а также супругами и родственниками этих граждан. Эта норма введена для защиты

правового положения тех лиц, которые находятся на лечении, воспитании в этих учреждениях, чтобы не было пристрастного отношения к одному и безразличного отношения к другим лицам, а также в целях борьбы со злоупотреблениями работников социальной сферы;

3) государственным служащим в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. Этот запрет законодатель связывает с особенностями профессионального статуса одаряемых лиц, в целях борьбы со злоупотреблениями работников государственной службы, чтобы не допустить превращения дара во взятку.

Ограничения дарения, предусмотренные ст. 510 ГК, относятся к дарению вещей, находящихся в собственности юридических лиц, осуществляющих свою деятельность на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, а также имущества, находящегося в общей совместной собственности. Государственные предприятия, включая казенные предприятия, а также государственные учреждения и учреждения, если иное не предусмотрено законодательными актами, регламентирующими их деятельность, вправе делать подарки с согласия их собственников или учредителей. Лишь на обычные подарки, стоимость которых не превышает 10 месячных расчетных показателей, установленных законодательными актами, согласие собственника или учредителя не требуется. Дарение имущества, находящегося в общей совместной собственности, допускается только с положительно выраженного согласия всех других участников общей совместной собственности (сособственников). При этом, если договор дарения заключается в письменной форме и требует нотариального удостоверения или государственной регистрации, то согласие других участников общей совместной собственности должно быть подтверждено в нотариальной форме.

Дарение принадлежащего дарителю права требования к третьему лицу допускается лишь с соблюдением положений, определяющих объем прав кредиторов, переходящих к другому лицу (ст. 341 ГК), доказательства прав нового кредитора (ст. 342 ГК), возможные возражения должника против требований нового кредитора (ст. 343 1 К), право должника возражать против перехода права, когда личность кредитора имеет существенное значение для должника (ст. 345 1 К). При этом форма уступки требования и необходимость ее регистрации зависят от формы и порядка регистрации договора дарения, служащего основанием для уступки.

Дарение же посредством перевода долга одаряемого дарителем на себя осуществляется только с согласия кредитора. В результате перевода долга обязательство сохраняется в том же объеме.

Форма договора дарения (ст. 508 ГК) зависит от вида договора дарения и от предмета дарения. Устная форма предусмотрена для всех случаев кроме дарения недвижимого имущества, обещания дарения в будущем и дарения юридическим лицом дара, стоимость которого превышает 10 месячных расчетных показателей, установленных законодательными актами. Во всех этих случаях договор заключается только в письменной форме. Более того, в вышеперечисленных случаях не применяется действие ст. 152 ГК, и договор дарения, заключенный устно, считается недействительным.

Договор дарения недвижимого имущества подлежит обязательной государственной регистрации. С момента государственной регистрации одаряемый становится собственником этого недвижимого имущества.

Если договор дарения сопровождается передачей дара одаряемому то свидетельством заключения такого договора могут служить: вручение одаряемому дара, вручение одаряемому правоустанавливающих документов, символическая передача дара, как вручение ключей от квартиры, машины и т. п.

Даритель не может быть принужден к безвозмездной передаче имущества и имущественных прав. В свою очередь, одаряемый не может быть принужден к получению имущества, так как это может быть для него нежелательным одолжением со стороны дарителя, либо замаскированной взяткой и т.д. В то же время одаряемый вправе в любое время до передачи ему дара отказаться от него (п. 1 ст. 50/ ГК). В этом случае договор считается расторгнутым. Законом предусмотрена и форма, в которой совершается отказ от дарения. Эта форма зависит от формы основного договора дарения. Отказ от дарения заключается в той же форме, в какой заключен договор дарения.

Даритель вправе отказаться от исполнения договора, который содержит обещание передать в будущем одаряемому вещь или право либо обещание освободить от имущественных обязанностей. При этом необходимо наличие хотя бы одного из следующих условий:

1) после заключения договора имущественное или семейное положение либо состояние здоровья дарителя изменилось настолько, что исполнение договора в новых условиях приведет к существенному снижению уровня его жизни (п. 1 ст. 511 ГК);

2) в случае, если одаряемый совершил покушение на его жизнь, жизнь кого-либо членов его семьи или близких родственников, либо умышленно причинил дарителю телесные повреждения (п. 2 ст. 511 ГК).

Особенностью договора дарения, отличающей его от других гражданско-правовых договоров, является предоставленная дарителю и его наследникам возможность **отмены дарения**. Нужно отметить, что институт отмены дарения имелся в российском дореволюционном праве (в гражданском праве советского периода отсутствовал), и в настоящее время встречается в современном законодательстве многих зарубежных стран. В ГК РК также предусмотрены случаи, когда дарение отменяется и соответственно дар возвращается (ст. 512 ГК). Даритель вправе отменить дарение, если одаряемый совершил покушение на его жизнь, жизнь кого-либо из членов его семьи или близких родственников либо умышленно причинил дарителю телесные повреждения, то есть совершил преступные деяния, в которых потерпевшим стал сам даритель, члены его семьи или близкие родственники. В случае умышленного лишения жизни дарителя одаряемым право требовать в суде отмены дарения принадлежит наследникам дарителя.

Даритель вправе потребовать в судебном порядке отмены дарения, если обращение одаряемого с подаренной вещью создает угрозу ее безвозвратной утраты, в то время как сама эта вещь представляет для дарителя большую неимущественную ценность. Например, вещь представляет собой семейную

реликвию либо вещь изготовлена в единственном экземпляре близким человеком и т. п.

По требованию заинтересованного лица (кредитора, прокурора) суд может отменить дарение, совершенное индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом в нарушение законодательных актов о банкротстве. При этом в суде должно учитываться, что дарение произведено за счет средств, связанных именно с предпринимательской деятельностью, и в течение одного года, непосредственно предшествовавшего объявлению такого лица банкротом.

Во всех вышеперечисленных случаях отмены дарения одаряемый обязан возвратить подаренную вещь, если она сохранилась в натуре к моменту отмены дарения. Правила об отказе от исполнения договора дарений и об отмене дарения не применяются к обычным подаркам, стоимость которых не превышает 10 месячных расчетных показателей, установленных законодательными актами (ст. 513 ГК).

В договоре дарения может быть обусловлено право дарителя отменить дарение в случае, если он переживет одаряемого.

Особый интерес вызывает такая разновидность дарения как **пожертвование**. Пожертвованием признается дарение вещи или права в общепользовательных целях (ст. 516 ГК). Следовательно, жертвование не может осуществляться путем освобождения одаряемого от его обязательств.

Основным признаком, позволяющим выделить договор жертвования, является совершение дарения в **общепользовательных целях**. Под общепользовательными целями следует понимать как цели, полезные для общества в целом, так и цели, достижение которых представляет пользу для более узкого круга - лиц определенной профессии, определенного возраста, жителей определенной местности, членов (участников) определенной организации и т. п.

Жертвования могут делаться гражданам, лечебным, воспитательным учреждениям социальной защиты и другим аналогичным учреждениям, благотворительным, научным и учебным учреждениям, фондам, музеям и другим учреждениям культуры, общественным, религиозным объединениям, а также государству и другим субъектам гражданского права. Нетрудно заметить, что перечень одаряемых лиц не является замкнутым. На принятие жертвования не требуется какого-либо согласия или разрешения. По общему правилу, нормы, регулирующие отмену дарения (ст. 512 ГК) и правопреемство при обещании дарения (ст. 515 ГК), к жертвованиям не применяются. Однако, когда жертвованное имущество используется не в соответствии с указанным в договоре назначением либо когда такое назначение не было предусмотрено, но обязанность использовать имущество в общепользовательных целях нарушается, даритель вправе требовать отмены дарения (п. 5 ст. 516 ГК).

При жертвовании имущества гражданину даритель **должен** указать на использование этого имущества по определенному назначению, то есть законодатель обязывает дарителя указывать на условия использования этого имущества. При отсутствии такого условия использования договор жертвования имущества гражданину будет считаться обычным дарением. При жертвовании

юридическим лицам даритель **может** по своему усмотрению указать на условия использования этого имущества либо не указывать. При отсутствии такого условия пожертвованное имущество используется одаряемым в соответствии с назначением имущества. Однако во всех таких случаях цели должны носить общепользовательный характер.

Если использование пожертвованного имущества в соответствии с указанным жертвователем назначением становится невозможным вследствие изменившихся обстоятельств, оно может быть использовано по другому назначению лишь с согласия жертвователя, а в случае смерти гражданина-жертвователя или ликвидации юридического лица-жертвователя - по решению суда.

Затрагивая вопрос о правопреемстве при обещании дарения, надо отметить, что общее правило здесь таково: права одаряемого, которому по договору дарения обещан дар, не переходят к его наследникам (правопреемникам), а обязанности дарителя, обещавшего дарение, переходят к его наследникам (правопреемникам), если иное не предусмотрено договором дарения (ст. 515 ГК).

Глава 36. Рента и пожизненное содержание с иждивением § 1. Общие положения термина "рента"

многозначен. Чаще всего экономисты под рентой

зэв^ш^

и^нь-пгггательшикомрённьГот ееполузахеля.;
полтГким обзмом хфери р^тні^отношений очерчена
юридически

ренты) стало новым институтом,
г вг поинях плановой экономики СССР для такой
ин^ш у

л у °ГГгКказССР включал в себя только главу об
отчуждении было места, а 1 к каз^г ыишчш. »
тя» „ указан-

о^новиднмтьюдоговора ренты, правда,
адаптированного условий м

ности а сторонами договора только граждане
причем подуч содержания мог быть только
нетрудоспособный гражданин.
Обязательство ренты в том виде, как оно сейчас
очерчено в ГК,

лучило особенно обязательство постоянной ренты.

Обязательство ренты возникает только на основе соответствующего договора.

Согласно п. 1 ст. 517 ГК, в которой дано легальное определение договора, по договору ренты одна сторона (получатель ренты) передает другой стороне (плательщику ренты) в собственность имущество, а плательщик ренты обязуется в обмен на полученное имущество периодически выплачивать получателю ренту в виде определенной денежной суммы либо предоставления средств на его содержание в иной форме.

Из легального определения договора ренты вытекает, что получатель ренты передает (а не обязуется передать) другой стороне имущество. Поэтому с учетом нормы п. 2 ст. 393 ГК, по которой договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества, если по нормам законодательных актов для заключения договора необходима такая передача, договор ренты следует признать реальным договором. Таким образом, передача имущества в собственность от получателя ренты ее плательщику представляет собой фактическое действие на основе которого возникает договор.

По ст. 23 § 1 К, содержащей Общеправил о моменте возникновения права собственности у приобретателя имущества по договору, это право возникает с момента передачи вещи, если иное не предусмотрено законодательными актами. Если же договор об отчуждении имущества подлежит государственной регистрации или нотариальному удостоверению, право собственности у приобретателя возникает с момента государственной регистрации или нотариального удостоверения. При необходимости как нотариального удостоверения, так и государственной регистрации право собственности у приобретателя возникает с момента государственной регистрации.

Принимая во внимание длительность течения обязательства по выплате ренты и необходимость максимальной защиты интересов получателя ренты, передающего свое имущество ее плательщику, ГК предъявляет особые требования к оформлению этого договора. Он подлежит нотариальному удостоверению, а если предусматривается отчуждение недвижимого имущества под выплату ренты, - также государственной регистрации (ст. 518 ГК).

Учитывая сказанное, [передачей имущества в
собственность] - тельщика ренты, а,

имущества признается нотариальное удостоверение

договора - регистрация договора
совершения порождает обязательство ренты

Из сказанного вытекает и другая характеристика
Договора ренты - **он является** сторонним, так
как **обязанной** стороной по нему является
выплачивать ее

полу-

Говоря о реальном характере договора ренты по
действующему законодательству, следует вместе с
тем отметить малую практическую значимость в
современных условиях деления договоров на кон-
сенсуальные и реальные, поскольку консенсуальный
договор в настоящее время обеспечивает не
меньшую охрану интересов сторон, **чем** договор
реальный. Число видов реальных договоров в
законодательстве стран с рыночной экономикой
невелико и наблюдается тенденция к их
сокращению. Более того, по ГК некоторые договоры
(дарения займа) в зависимости от соглашения
сторон могут быть как реальными, так и
консенсуальными. Теоретически же конструкция
реального договора, хотя и существует еще со
времен римского пра- К весьма сомнительна, так как
не соответствует природе и понятию
договора-сделки как **общего** волевого акта его
сторон. Еще Гегель обоснованно отмечал
существование различия между общей волей **сторон**
договора как соглашением и особенной волей
каждой из сторон как его исполнением¹⁹.
Действительно, по своей сути договор - это акт
общей воли его сторон, направленный на
возникновение, изменение или прекращение прав и
обязанностей. О нем нельзя сказать что какие-то его
части или действия по его совершению выражают
волю лишь одной стороны. В реальный
же договор именно
передается имущество
Это действие по сути представляющее исполнение
обязательства ренты, юридически квалифицируется
не как исполнение договора, а как элемент
фактического состава договора - сделки.

Учитывая искусственность конструкции реального
договора и его незначительную практическую
значимость в современных условиях
рыночной экономики, от этой конструкции следует
отказаться, соответственно изменив
законодательство.

Виды договора ренты. Глава 28 ГК регламентирует
два вида ренты: **постоянную и пожизненную** и
соответственно **два вида договора ренты.** В свою
очередь, в договоре пожизненной ренты выделяется в
качестве ее особого вида договор пожизненного
содержания с иждивением.

Хотя глава 28 ГК озаглавлена как "Рента и
пожизненное содержание с иждивением", а § 4 этой
главы называется "Пожизненное содержание с
иждивением" и, таким образом, договоры ренты и
пожизненного содержания с иждивением как будто

бы рассматриваются ГК в качестве самостоятельных видов договоров, на самом деле пожизненное содержание с иждивением представляет собой лишь вид договора пожизненной ренты. Этот вывод вытекает из п. 2 ст. 517 ГК, где указано, что пожизненная рента может быть установлена на условиях пожизненного содержания с иждивением¹. Самое существенное отличие постоянной ренты связано со сроками выплаты. Постоянная рента бессрочна в том смысле, что срок окончания ее выплаты не определен. При пожизненной ренте прекращение ее выплаты связано с моментом смерти получателя.

Стороны договора ренты. Ряд особенностей имеют правила ГК в отношении сторон и участников договора ренты.

Относительно **плательщиков ренты** глава 28 ГК не содержит каких-либо специальных правил. Плательщиками ренты могут быть как физические, так и юридические лица, если их правосубъектность этому не препятствует или не предусмотрены какие-либо специальные правила об их правосубъектности. Так, например, учреждения не вправе без согласия собственника имущества распоряжаться закрепленным за ними имуществом, выделенным им по сметам.

Что касается **получателей ренты**, то ими, в зависимости от вида ренты, могут быть граждане, некоммерческие организации (при постоянной ренте) или только граждане (при пожизненной ренте, в том числе пожизненном содержании с иждивением) (п. 1 ст. 253; п. 1 ст. 530 и п. 1 ст. 532 ГК).

Получателем постоянной ренты некоммерческое юридическое лицо может быть лишь в том случае, когда это соответствует целям его деятельности, предусмотренным учредительными документами.

Таким образом, закон ограничивает круг юридических лиц - получателей постоянной ренты, не включая в их число, во-первых, юри-

лические лица - коммерческие организации, и, во-вторых, некоммерческие юридические лица, если заключение договора ренты противостоит целям их деятельности. Нормы закона о круге юридических лиц - получателей ренты носят императивный характер и не могут

быть изменены соглашением сторон.

Что касается граждан - получателей ренты, то никаких специальных ограничений их участия в договорах ренты в качестве ее получателей закон не устанавливает. В частности, ими могут быть как трудоспособные, так и нетрудоспособные лица, как имеющие, так и не имеющие источников дохода.

Предмет договора ренты. Предметом договора ренты является сама рента а также имущество, передаваемое под выплату ренты. Условия

договора (п 1 ст. 393 ГК). Это означает, что в соответствии с соглашением сторон по этим условиям должно быть признано заключенным

договор ренты заключается в том, что вышдаха ренты обычно прутттргтвпяется длительно в виде определенных периодических платежей. При этом плательщик ренты вышлатывает ее бессрочно, а при пожизненной ренте - на срок жизни плательщика. Подробнее о платежах по договорам ренты будет сказано в различных видах ренты.

Вторым элементом предмета договора ренты выступает имущество, передаваемое получателем ренты в обмен на выплату ренты. Это имущество должно быть передано в собственность плательщика ренты. Имущество, которое передается плательщику ренты, может быть изъято и ограничено оборотом (п. 2 ст. 116 1 К). Это значит, что под [выплату ренты может передаваться как недвижимое имущество (например, здания, жилые дома, квартиры, предприятия как объекты прав) так и движимое имущество, включая деньги и ценные бумаги. Сказанное относится как к отдельным вещам, так и их комплексу. В соответствии с предметом движимого и недвижимого имущества.

Напротив, не может передаваться под выплату ренты имущество, которое на территории

мер леса, воды

Особо следит остановиться на возможности передачи под выплату ренты земельных участков. Несомненно, что под выплату ренты могут передаваться земельные участки, находящиеся в частной собственности. Они входят в состав земель, которые могут быть в частной собственности. Это связано с тем, что некоторые виды земельных участков (например, предос-

тавленные для ветнения [личного
полсобного хтяйства), по земельному
законодательству мштут ня холитьея то имссти
р.лцгтпенногти граждан, но не юридических лиц^

Сложнее обетаттГвопрос о возможности передачи под выплату ренты права землепользования. Это право может быть оборотоспо- собным и необоротоспособным. Необоротоспособное право землепользования, безусловно, не может быть предметом договора ренты. В гражданский оборот включено вещное право землепользования негосударственных землепользователей, которые могут передавать свое право землепользования на основе гражданско-правовых сделок другим лицам за плату или бесплатно. Отсюда следует и возможность передачи под выплату ренты оборотоспособного права землепользования негосударственных землепользователей. Такой вывод находит опору в п. 1 ст. 520 ГК и п. 1 ст. 521 ГК, по которым рента обременяет право на земельный участок, а при передаче под выплату ренты права на земельный участок получатель рента дрй рента Ега него праjjojsajfora^В указанных нормах говорится просто^сГтправе на земельный участок, а не только о праве собственности на него. Оборото- способное же право землепользования по своему правовому режиму относительно близко к праву собственности. Вместе с тем право землепользования - это право целевого использования земли. Поэтому плательщик ренты, получающий под выплату ренты право землепользования, должен иметь право использовать участок земли по целевому назначению. В противном случае право землепользования не может быть передано под выплату ренты.

(Отчуждение имущества под выплату ренты
возможно как за плату, так и ещлатно (сi<-5Г9
ГК)\ Этот вопрос решается сторонами договора
ренты при его заключении, а соответствующие
условия фиксируются в
договоре.\Закон^ю_iредусматрт и ДЛЯ передачи
части имущества под иыппяту ррнтц ^япдяту я
другой- части - бесплатно^ Детально условия и
порядок передачи имущества под выплату ренты
главой 28 ГК не регламентируются. Но в ней имеется
норма (п. 2 ст. 519 ГК), по которой при передаче
имущества за плату к отношениям сторон по его
передаче и оплате применяются правила о договоре
купли-продажи (глава 25 ГК), а при передаче
имущества бесплатно - правила о договоре дарения
(глава 27 ГК), если иное не установлено правилами
главы 28 ГК и не противоречит существу договора
ренты. При этом закон не предусматривает заклю-
чения двух или даже трех договоров (ренты и
купли-продажи и (или) дарения), а лишь применение
норм ГК о купле-продаже и дарении к единому
договору ренты в отношении передачи имущества
под ее выплату. Следовательно, договор ренты - это
единый самостоятель- ный договор,
порождающий-самосiоятельное обязательство
ренты, а 120 f — -----

не совокупность нескольких ошворов[^] порождающих несколько, обязательств[^] Поэтому при применении к передаче имущества под выплату ренты глав ГК о купле-продаже и дарении всегда следует учитывать, во-первых, их соответствие нормам главы 28 о договоре ренты, а при их расхождении применять нормы главы 28 и, во-вторых, учитывать, не противоречат ли правила глав 25 и 27 ГК существу договора ренты.

Юридические гарантии интересов получателя ренты при передаче имущества плательщику ренты. Переход по договору ренты имущества в собственность от плательщика ренты к ее плательщику в частности, означает переход права распоряжения этим имуществом, включенным в

такое отчуждение может неблагоприятно отразиться на интересах получателя ренты: Поэтому ГК предусматривает ряд юридических гарантий интересов получателя ренты при передаче имущества плательщику ренты. Эти средства различны в зависимости от того, передается ли под выплату ренты недвижимое или движимое имущество.

В отношении недвижимого имущества, является правило обременения рентой недвижимого имущества. Под обременением имущества в том числе закрепление прав третьих лиц, и предусмотрено в законе Республики Казахстан. Обременение имущества, в том числе недвижимого, заключается в том, что при отчуждении недвижимого имущества, полученного плательщиком ренты под ее выплату, обязательства плательщика ренты переходят на приобретателя имущества и он, таким образом, становится плательщиком ренты.

При передаче под выплату ренты недвижимого имущества получатель ренты приобретает на него право залога (п. 1 ст. 521 ГК). Залогодатель же, которым в данном случае выступает плательщик ренты, вправе отчуждать предмет залога, то есть недвижимое имущество, переданное под выплату ренты, только с согласия залогодержателя (получателя ренты), если иное не предусмотрено записями в Едином государственном реестре недвижимости, договором или не вытекает из существа ренты. Без такого согласия само отчуждение имущества плательщиком ренты не соответствует закону. Обязательство по выплате ренты сохраняется за плательщиком ренты.

Плательщик ренты, передавший на законных основаниях обремененное рентой недвижимое имущество в собственность третьего лица, несет субсидиарную ответственность по выплате ренты по отношению к ответственности приобретателя имущества, если законодательным актом или договором не предусмотрена солидарная ответственность по обязательству (п. 2 ст. 520 ГК).

На случай отчуждения плательщиком ренты движимого имущества, переданного ему под выплату ренты, договором ренты должно быть предусмотрено обеспечение исполнения обязательства со стороны плательщика в соответствии со ст. 292 ГК, которая устанавливает способы обеспечения обязательств, или обязанность плательщика ренты застраховать в пользу ее получателя риск ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора (п. 2 ст. 521 ГК).

111 Какую обязанность принимает на себя плательщик ренты (обеспечить исполнение обязательства либо

застраховать риск ответственности), определяется договором ренты. При этом данное условие договора закон императивно относит к числу существенных, то есть таких, без достижения по которым соглашения сторон договор считается незаключенным.

Ответственность по договору ренты. Ответственность по договору ренты может устанавливаться самим договором в соответствии с общими правилами ГК об ответственности за нарушение обязательств, а если она не предусмотрена договором, то общими правилами ГК об ответственности и специальными правилами, предусмотренными главой 28 ГК. В частности, ст. 522 ГК предусмотрена неустойка за просрочку выплаты ренты. При такой просрочке плательщик ренты выплачивает неустойку в размере, предусмотренном ст. 353 ГК, если иной размер неустойки не установлен договором (ст. 522 ГК). А размер неустойки по ст. 353 ГК исчисляется, исходя из официальной ставки рефинансирования Национального банка Республики Казахстан, на день исполнения денежного обязательства или его части.

Другой формой обеспечения выплаты ренты является страхование в пользу получателя ренты риска ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора ренты. Этот вид страхования относится к добровольному имущественному страхованию.

Поскольку получатель ренты заинтересован в наибольших гарантиях его интересов, следует признать, что в договоре ренты может быть предусмотрен конкретный страховщик и основные условия, которые должны быть включены в договор страхования плательщиком ренты с учетом законодательства о страховании.

§ 2. Особенности постоянной ренты

Постоянная рента - один из видов ренты, предусмотренных главой 28 ГК. Как и другие виды ренты, она выплачивается взамен на имущество, предоставленное получателем ренты ее плательщику. Постоянная рента потому и называется постоянной, что договором или законом не предусмотрены сроки окончания рентных платежей, а сама рента носит бессрочный характер.

Как уже сказано выше, получателями постоянной ренты могут быть только граждане и некоммерческие организации, если это соответствует целям их деятельности. При постоянной ренте права ее получателя могут передаваться другим лицам, которые по закону могут быть получателями постоянной ренты. Эти права передаются по установленному для уступки требованиям (ст. 345-347 ГК). Ира ва получателя ренты может переходить и в порядке универсального правопреемства, но опять только к лицам, которые по закону могут быть получателями постоянной ренты. гя*

По общему правилу, постоянная рента выплачивается в деньгах (ст. 524 ГК). Она должна исчисляться и выплачиваться в валюте **Казахстана** - тенге. Выплата ренты в валюте иностранных государств **возможна** лишь в случаях, разрешенных законодательством о валют-

ной ренты может быть предусмотрена ее выплата не в деньгах а путем предоставления плательщиком ренты ее получателю или вещей, выполнения работ или оказания услуг, соответствующих по стоимости денежной сумме ренты, выплачиваемой за определенный период времени. Размер платежей по периодам времени должен быть определен договором. Возможно по соглашению и сочетание разных видов выплаты ренты.

Постоянная рента выплачивается, как правило, по окончании каждого календарного квартала (ст. 525 ГК). Это правило закона диспозитивно. Поэтому договором могут быть установлены иные сроки

могут быть предусмотрены конкретные сроки платежей например, до 10 числа первого месяца после окончания кварта-

Учитывая характер платежей и возможность изменения реальной стоимости денег, установлено, что размеры выплачиваемой по периодам времени ренты изменяются пропорционально изменению расчетного показателя, устанавливаемого законодательными актами, если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 524 ГК).

Размеры расчетного показателя определяются законами "О государственном бюджете", принимаемыми ежегодно.

По договору ренты общая сумма выплат никогда не определяется и не может быть определена, а общий период выплаты по договору постоянной ренты не устанавливается. Предусматриваются лишь юридические сроки выплаты. Со временем в процессе платежей по неэкономическое положение сторон и возможности исполнения договора плательщиком ренты могут существенно измениться. Поэтому в целях охраны интересов сторон по обязательству ренты пре

дусматривается возможность его прекращения по инициативе одной из сторон обязательства. Это прекращение обязательства происходит путем выкупа ренты. Под **выкупом ренты** понимается особое основание прекращения обязательства посредством выплаты плательщиком ренты определенной денежной суммы ее получателю[^]

Выкуп ренты - специфическое основание прекращения обязательства, характерное по законодательству Казахстана только для обязательства ренты. В общих нормах ГК (п. 1 ст. 367), перечисляющих основания прекращения обязательств, выкуп среди таких оснований прямо не предусмотрен. Но в указанной статье ГК предусмотрено правило, по которому законодательством или договором могут быть установлены и иные основания прекращения обязательств, кроме перечисленных в этой статье. Таким основанием, в частности, является выкуп ренты, предусмотренный нормами главы 28 ГК.

Нормы о праве на выкуп ренты императивны, а условие договора об отказе плательщика ренты от права на ее выкуп недействительно, что специально оговорено законом (п. 3 ст. 526 ГК).

Выкуп постоянной ренты может быть осуществлен как **по инициативе самого плательщика**, так и **по требованию получателя ренты**.

Закон не устанавливает каких-либо исчерпывающих условий для выкупа ренты ее плательщиком. Он не обязан приводить какие-либо мотивы для своего отказа от дальнейшей выплаты ренты путем ее выкупа. Но такой отказ действителен, если он заявлен в письменной форме и доведен до сведения получателя ренты не позднее, чем за три месяца до прекращения выплаты ренты ее плательщиком. При этом обязательство ренты не прекращается до получения всей суммы выкупа получателем ренты, если иной порядок выкупа ренты не был предусмотрен договором (ст. 526 ГК).

Законом не установлен срок, по истечении которого с момента заключения договора плательщик по своей инициативе может выкупить ренту. Но договором в интересах получателя ренты может быть предусмотрено, что право выкупа постоянной ренты не должно быть осуществлено при жизни получателя ренты либо в течение иного срока, не превышающего тридцати лет с момента заключения договора.

Прекращение договора ренты посредством ее выкупа по **инициативе получателя ренты** может происходить лишь в случаях, предусмотренных законом или договором. Все такие случаи, определенные законом, связаны с нарушением договора со стороны плательщика или реальной угрозой ненадлежащего исполнения обязательства по выплате ренты.

Законом предусмотрены четыре случая, когда получатель ренты вправе требовать ее выкупа: 1) плательщик ренты просрочил ее выплату более, чем на один год, если иное не предусмотрено договором; 2) плательщик ренты нарушил свои обязательства по обеспечению выплаты ренты, предусмотренные ст. 521 ГК. Об этих обязательствах говорится в параграфе первом настоящей главы; 3) плательщик ренты признан неплатежеспособным, либо возникли иные обстоятельства, очевидно свидетельствующие, что рента не будет выплачиваться им в размере и сроки, установленные договором; 4) недвижимое имущество, переданное под выплату ренты, поступило в общую

собственность или разделено между несколькими лицами (ст. 527 ГК).

Выкупная цена постоянной ренты регламентируется ст. 528 ГК. По общему правилу, цена при выкупе постоянной ренты как по инициативе плательщика, так и по инициативе получателя определяется договором ренты. Если же условие о цене, по которой выкупается рента, договором не определено, она определяется в зависимости от того, было ли имущество под выплату ренты от ее получателя передано плательщику за плату или бесплатно. Если имущество передано за плату, выкупная цена равна годовой сумме рентных платежей. При передаче имущества бесплатно выкупная цена увеличивается. Она складывается из годовой суммы рентных платежей и цены переданного имущества (ст. 528 ГК).

Риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного под выплату ренты. По общему правилу п. 1 ст. 190 ГК, риск случайной гибели или порчи отчуждаемых вещей переходит на приобретателя одновременно с возникновением у него права собственности, если иное не установлено законодательными актами или договором. Статья 529 ГК, устанавливая специальные правила о риске случайной гибели или случайного повреждения имущества, переданного в собственность плательщику ренты ее получателем, дифференцирует правила о таком риске в зависимости от того, бесплатно или за плату передано имущество вне зависимости от размеров платы. Если это имущество передано бесплатно, то риск несет плательщик ренты. При этом, несмотря на гибель или повреждение имущества, обязанность плательщика по выплате ренты получателю полностью сохраняется, что не препятствует выкупу ренты на условиях, определенных законом или договором.

При случайной гибели или повреждении имущества, переданного под выплату ренты за плату, плательщик вправе при гибели всего имущества требовать прекращения обязательства, при гибели части имущества или его повреждении - изменения условий ее выплаты (п. 2 ст. 529 ГК).

§ 3. Особенности пожизненной ренты, включая пожизненное содержание с иждивением

Пожизненное содержание с иждивением - это вид пожизненной ренты. Поэтому нормы параграфов 3 (пожизненная рента) и 4 (пожизненное содержание с иждивением) глава 28 ГК близки друг другу. Более того, к договору пожизненного содержания с иждивением применяются правила о пожизненной ренте, если иное не предусмотрено нормами о пожизненном содержании с иждивением.

Различия договоров о **пожизненной ренте и пожизненном содержании с иждивением** определены ГК. Эти различия заключаются, в частности, в том, что в первом из названных договоров не обусловлен характер имущества, передаваемого под выплату ренты, а во втором договоре таким имуществом может быть лишь недвижимость (п. 1 ст. 535 ГК). Далее, обязательный минимум выплаты ренты в расчете на месяц в первом случае должен быть не менее минимальной месячной заработной платы (не смешивать с расчетным показателем), установленной законодательными актами, а во втором - общий объем содержания в месяц не может быть менее двух размеров минималь-

ной месячной заработной платы. Имеются и некоторые другие различия, предусмотренные ГК. Но **главное различие** между пожизненной рентой и пожизненным содержанием с иждивением заключается в том, что пожизненная рента представляет собой **денежные суммы**, периодически выплачиваемые получателем ренты в течение его жизни, а при пожизненном содержании с иждивением обязанность плательщика ренты включает в себя **обеспечение потребностей** ее получателя в жилище, питании, одежде, уходе и необходимой помощи. Не исключена при пожизненном содержании с иждивением дополнительно и периодическая выплата получателю ренты определенных сумм. При этом в договоре пожизненного содержания с иждивением должна быть определена денежная оценка всего содержания в целом, применительно к периодам выплаты ренты.

Естественно, что к пожизненной ренте применяются и нормы общих положений о ренте главы 28 ГК, если они не противоречат специальным нормам о пожизненной ренте и соответственно о пожизненном содержании с иждивением. Однако нормы о постоянной ренте применимы к договору пожизненной ренты, если на этот имеются специальное указание в ГК. Так, в случаях существенного нарушения условий договора плательщиком пожизненной ренты ее получатель вправе требовать от плательщика выкупа ренты, на условиях, предусмотренных для выкупа постоянной ренты, либо расторжения договора (п.; ст. 533 ГК).

Получатели пожизненной ренты, в том числе пожизненного содержания с иждивением, имеют свои особенности. Пожизненная рента и пожизненное содержание с иждивением могут быть установлены как на период жизни гражданина, передавшего имущество плательщику под выплату ренты, который в этом случае выступает как получатель ренты, так и на период жизни другого указанного им гражданина. В этом случае в отношениях, связанных с рентой, участвуют три лица: лицо, передавшее имущество под выплату ренты, плательщик ренты и третье лицо в качестве получателя ренты (п. 1 ст. 530 ГК).

Допускается установление пожизненной ренты в пользу не одного, а нескольких граждан, в том числе лица, передавшего имущество под выплату ренты, и указанных им граждан на период жизни каждого из них.

В том случае, когда договор пожизненной ренты, в том числе пожизненного содержания с иждивением, заключается между гражданином, передавшим имущество под выплату ренты, и плательщиком ренты с условием выплаты ренты третьему лицу или лицам на период их жизни, такой договор по смыслу ст. 530 ГК становится договором в пользу третьего лица.

Отношения участников договора в пользу третьего лица общим образом определены ст. 391 ГК. По смыслу норм этой статьи ГК, третьим лицом в договоре пожизненной ренты, включая договор пожизненного содержания с иждивением, является гражданин (граждане), в пользу и на период жизни которого (которых) устанавливается рента. Этот гражданин или граждане с момента выражения им (ими) плательщику ренты намерения воспользоваться своим правом приобретают самостоятельное право требования к плательщику ренты в размерах, обусловленных договором. При пожизненной ренте в пользу нескольких граждан их доли в праве на получение

ренты предполагаются равными, если иное не предусмотрено договором.

Плательщик ренты и лицо, передавшее имущество под выплату ренты на основе договора друг с другом в пользу третьего лица, не вправе расторгнуть или изменить договор без согласия третьего лица.

В том случае, когда третье лицо указано в качестве пожизненного получателя ренты наряду с лицом, передавшим имущество под выплату ренты, имеет место договор пожизненной ренты, осложненный правами третьего лица. При этом получатель ренты как сторона договора и третье лицо, выразившее намерение воспользоваться своим правом, приобретают самостоятельные права требования на части рентных платежей, обусловленные договором.

Договор пожизненной ренты, в том числе в пользу третьего лица, заключается в соответствии с общими требованиями, предъявляемыми к договору. Он должен быть нотариально удостоверен, а при передаче под выплату ренты недвижимого имущества подлежит также государственной регистрации. Однако эти требования относительно формы касаются только договора ренты, но не формы выражения намерения третьего лица воспользоваться своим правом. Такое намерение может быть выражено в любой форме, в частности путем принятия платежа по ренте.

Пожизненный характер пожизненной ренты, казалось бы, исключает возможность какого-либо **правопреемства** после умерших выгодоприобретателей по договору, в том числе третьих лиц, и прекращение обязательства по выплате ренты со стороны ее плательщика, по отношению к умершему с момента смерти выгодоприобретателя. Но нормы ГК о пожизненной ренте устанавливают, что в случае смерти одного из получателей ренты его доля в праве на получение ренты переходит к пережившим его получателям ренты, если иное не установлено договором. В случае смерти последнего получателя ренты обязательство ренты прекращается (п. 2 ст. 530 ГК).

Нормы ГК о правопреемстве по договору пожизненной ренты, во-первых, носят диспозитивный характер, а договором могут быть предусмотрены и иные последствия смерти одного из выгодоприобретателей, в частности, прекращение обязательства ренты в отношении умершего, без правопреемства после него. Во-вторых, правопреемство в указанном случае носит специальный характер и не имеет ничего общего с отношениями наследования, регламентируемым разделом VI ГК "Наследственное право". Поэтому нельзя согласиться с мнением, что в договоре пожизненной ренты сохраняется наследование прав по отношению к получателю ренты²⁰.

Размер пожизненной ренты, а при пожизненном содержании с иждивением также характер и виды натурального обеспечения, определяются договором в расчете на период платежа, а именно, на один месяц, если иная продолжительность периода не предусмотрена договором. Размер ренты в месяц, как уже отмечено выше, для пожизненной ренты не может быть менее месячной, а для пожизненного содержания с иждивением - двухмесячной минимальной заработной платы, установленной законодательными актами.

²⁰ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая. С. 647., 128 /

Пожизненная рента, если иное не установлено договором, должна выплачиваться по окончании каждого календарного месяца. Что касается предоставлений по договору пожизненного содержания с иждивением, то их сроки определяются и существом обеспечения. Естественно например, что уход за получателем ренты и предоставление ему необходимой помощи осуществляется на постоянной основе, а не по окончании месяца. При возникновении споров об объеме и способах обеспечения содержания с иждивением суд должен исходить из принципов добросовестности и разумности (п. 3 ст. 536 ГК), при этом договором может быть предусмотрена замена предоставления содержания с иждивением в натуре выплатой периодических платежей в деньгах.

В целях охраны интересов получателей ренты в ГК предусмотрены **ограничения на отчуждение и использование** переданного для обеспечения пожизненного содержания с иждивением. Плательщик ренты вправе отчуждать, сдавать в залог **или** иным способом обременять это имущество только при наличии предварительного согласия получателя ренты. Плательщик ренты **также** обязан принимать необходимые меры для того, чтобы использование им указанного имущества не приводило к сокращению его стоимости сверх стоимости естественного износа (ст. 538 ГК). а ст. 538 ГК получают развитие, применительно к пожизненной ренте, положения ст 520 ГК об обременении рентой недвижимого имущества. Хотя ст 538 ГК помещена в параграфе о пожизненном содержании с иждивением, следует признать, учитывая близость этого договора к договору пожизненной ренты, что норма ст. 538 ГК применима к последнему договору.

В параграфах 3 и 4 главы 28 ГК, применительно к обязательствам пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением, содержатся **специальные нормы о порядке прекращения указанных обязательств** по инициативе получателя ренты в случаях существенного нарушения договора плательщиком ренты (ст. 533 и 534).

Понятие существенного нарушения договора дано в подпункте 2 п. 2 ст 401 ГК определяющей общие основания изменения и расторжения договоров. Под существенными названная статья понимает такие нарушения, которые влекут для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. В договоре пожизненной ренты это прежде всего касается как сроков, так и размеров обусловленных договором платежей, мер касающихся обременения переданного под выплату ренты имущества, а применительно к договору пожизненного содержания с иждивением также размеров и качества предоставляемой плательщиком ренты помощи и ухода.

Получатель ренты при существенном нарушении договора ее плательщиком вправе по своему усмотрению требовать либо выкупа ренты, либо расторжения договора. При прекращении пожизненной

ренты путем ее выкупа, если имущество под выплату ренты было передано бесплатно, получатель ренты вправе потребовать возврата этого имущества с зачетом его стоимости в счет выкупной цены ренты.

Порядок и последствия расторжения договоров пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением главой 28 ГК подробно не регламентируется. Здесь применим общий порядок, предусмотренный для расторжения договоров главой 24 ГК с учетом специальных норм главы 28 ГК о ренте.

Риск случайной гибели и случайного повреждения имущества, переданного под выплату пожизненной ренты, несет его собственник - плательщик ренты, независимо от того, бесплатно или за плату было передано имущество. Поэтому случайная гибель или повреждение имущества не освобождают плательщика ренты от обязательства по ее выплате на условиях, предусмотренных договором (ст. 534 ГК). Указанные правила о риске случайной гибели или повреждения имущества, переданного под выплату ренты, предоставляют повышенные гарантии получателю пожизненной ренты по сравнению с получателем постоянной ренты.

Раздел V. ДОГОВОРЫ ПО ПЕРЕДАЧЕ ИМУЩЕСТВА В ПОЛЬЗОВАНИЕ

Глава 37. Имущественный наём (аренда) § 1.

Понятие договора имущественного найма

По договору имущественного найма (аренды) наймодаделец обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование (п. 1 ст. 540 ГК).

При анализе этого определения необходимо обратить внимание на **то что** понятие "имущественный наём" и "аренда" употребляются как синонимы. Характерно, что аналогичный договор в ГК РФ называется в обратном порядке: договор аренды (имущественного найма).

В ряде стран (Франция, Германия, Швейцария) проводится различие между арендой и имущественным наймом. Такое различие проводилось и в бывшем Советском Союзе во времена перестройки. 23 ноября 1989 года были приняты Основы законодательства Союза ССР и союзных

республик об аренде²¹, в которых была предпринята попытка сконструировать особое понятие аренды как коммерческого найма.

Однако теперь понятие "имущественный наем", наем, аренда, а также "наймодатель" и "арендодатель", "наниматель" и "арендатор" можно употреблять как тождественные.

Договор имущественного найма является **консенсуальным, возмездным, взаимным и двусторонним.**

Договор имущественного найма относится к группе договоров о передаче имущества в пользование, в которую включаются еще договоры найма жилища (глава 30 ГК), договор безвозмездного пользования имуществом (глава 31). Договор найма жилища является практически разновидностью договора имущественного найма. Он рассматривается как отдельный вид договора из-за специфики предмета договора - жилища, так как процедуры заключения, исполнения и расторжения договора затрагивают интересы проживающих в жилище людей. От договора безвозмездного пользования имуществом (договора ссуды) договор имущественного найма отличается лишь одним признаком - возмездностью договора.

²¹ См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1989. № 25. Ст. 481.

Целью договора является временное использование имущества для удовлетворения жизненных потребностей или получения от такого пользования имущественной выгоды. Наниматель получает возможность пользоваться имуществом, в отношении которого у него нет возможности или необходимости приобрести право собственности. Собственник имущества также получает выгоду от этого, передавая в пользование имущество, временно ненужное или предназначенное для этих целей, извлекая от такой передачи доход.

Интересен вопрос о **соотношении вещных и обязательственных прав** в договоре аренды.

Несомненно, что право аренды - это **обязательственное право**, основанием возникновения которого является договор аренды. Все права и обязанности арендатора возникают из договора аренды.

В то же время для нас уже ясно после изучения общей части гражданского права, что право аренды является одновременно и **вещным правом**²².

Здесь нет противоречия. При анализе любого права на вещь, возникающего из договора, необходимо выделять два самостоятельных вида правоотношений: внутренние и внешние. Если взять, как пример, договор имущественного найма, то у нанимателя в отношениях с наймодателем возникают обязательственные правоотношения, а в отношениях со всеми другими лицами (в том числе и наймодателем), связанных с правами владения и пользования вещью - вещные правоотношения. "Наниматель, владея и пользуясь предоставленной ему в наём вещью, имеет вещноправовую защиту от всех других лиц, которые обязаны не нарушать его прав владения и пользования вещью. Такой защитой он пользуется и от посягательств собственника (наймодателя) на весь период найма. Об этом говорит ст. 265 ГК, посвящённая защите вещных прав лица, не являющегося собственником.

В статье 540 ГК говорится о предоставлении имущества во владение и пользование. Кроме того, в случаях и порядке, установленных ГК, наниматель вправе распоряжаться нанятым имуществом. Пределы такого распоряжения установлены ст. 551 ГК. Права нанимателя распоряжаться нанятым имуществом могут осуществляться только с согласия наймодателя и ограничиваются сдачей в поднаём (субаренду), передачей прав и обязанностей по договору найма другому лицу (перенаём), предоставлением имущества в безвозмездное пользование, передачей прав в залог и внесением их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ, акционерных обществ и взносов в производственный кооператив. То есть речь идет об ограниченном распоряжении в пределах срока найма и под контролем наймодателя.

С развитием гражданско-правовых отношений появились новые разновидности договоров имущественного найма, при которых имущество предоставляется не во владение и пользование, а только в пользование (аренда машинного (ЭВМ) времени, аренда радиочастот и т.п.). ГК РФ предусмотрел эту ситуацию. Статья 606 ГК РФ определяет аренду как предоставление имущества за плату во временное владение и пользование или во временное пользование.

²² См.: § 2 главы 15 (том I) настоящего учебника. 132 /

Значит ли отсутствие такой формулы в определении договора имущественного найма в ст. 540 ГК, что договоры, по которым имущество передается только в пользование, не будут признаваться договорами имущественного найма? Нет, не значит.

В пункте 3 ст. 540 ГК закрепляется, что к договорам имущественного найма также относятся договоры лизинга, проката, а также иные договоры, связанные с передачей имущества за плату во временное пользование. Следовательно, речь может идти об иных договорах, по которым имущество передается только в пользование.

В качестве объектов имущественного найма могут выступать, в соответствии с п. 1 ст. 541 ГК, предприятия и другие имущественные комплексы, земельные участки, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другие вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе использования (потребляемые вещи).

Из этого определения можно сделать вывод, что, во-первых, объектом найма являются вещи, во-вторых, это должны быть непотребляемые вещи, в-третьих, непотребляемые вещи - это вещи, которые не теряют своих натуральных свойств в процессе использования. Следовательно, объектом найма не могут быть потребляемые вещи, то есть вещи, которые теряют свои натуральные свойства в процессе использования (сырье, материалы, топливо и т.п.). Например, железная руда используется как сырье для выплавки чугуна и стали. В процессе использования она теряет свои натуральные свойства и превращается в чугун и отходы для плавки. В имущественный найм железную руду взять нельзя, можно только купить ее в собственность. В практике возможна ситуация, когда определенная партия руды берется во временное владение. Но тогда это будет уже не аренда, а хранение, так как договор имущественного найма предполагает наличия правомочия пользования, то есть использование натуральных свойств вещи. А если использовать натуральные свойства железной руды, она прекратит свое существование как руда, и это уже будет или нарушением договора хранения, или приобретением руды в собственность с выплатой ее стоимости прежнему владельцу.

Таким образом, объектом имущественного найма могут быть только индивидуально-определенные потребляемые вещи.

Имущество, определяемое родовыми признаками, не может быть объектом имущественного найма. Такое имущество, попадая к нанимателю, обезличивается, и возвращает наниматель не то же самое имущество, а определенное количество аналогичного имущества. Если сторона по договору взяла у другой стороны 10 тонн сахара на определенное время, и потом возвращает 10 тонн сахара, но, как правило, уже другой сахар, это уже не договор имущественного найма, а, скорее, договор займа.

В связи с этим встает вопрос, возможна ли аренда прав. В понятие "имущество" как нам уже известно из общей части гражданского права, входят в соответствии со ст. 115 ГК не только вещи, но и имущественные права, а также право интеллектуальной собственности²³.

Что касается нематериальных прав, в том числе интеллектуальной собственности (изобретение,

²³ См.: §2 главы 9 (том I) настоящего учебника. 134

товарные знаки, служебная и коммерческая информация и т. п.), то они не могут быть объектом договора имущественного найма. В отношении этих прав применяется лицензионный договор или договор франчайзинга.

Сложнее обстоит дело с имущественными правами. В п. 2 ст. 540 ГК закреплено, что объектом имущественного найма может быть также право землепользования, право недропользования и другие вещные права, если иное не предусмотрено законодательными актами.

Право землепользования, недропользования и т. п. - это также вещные права, как право собственности; и так же как право собственности, они выражают право на вещь (участок земли, участок недр и т.п.). Поэтому только вещное право, как право, неразрывно связанное с индивидуально-определенной вещью, может быть объектом имущественного найма. В конечном итоге, так же как и в случае наличия права собственности, объектом имущественного найма при осуществлении вещных прав является вещь, в отношении которой эти права осуществляются.

В качестве других вещных прав, о которых говорится в п. 2 ст. 540 ГК, можно назвать, например, право водопользования, право лесопользования и другие.

В то же время при анализе п. 2 ст. 540 ГК возникает интересный вопрос. Дело в том, что право землепользования (временного) - это есть право аренды участка земли (см., например, п. 3 ст. 27 Закона о земле). Право недропользования предоставляется на основе контракта, правовая природа которого не определена, но это тоже право из договора, в частности - из договора аренды. Поэтому в аренду предоставляется право аренды земельного участка или участка недр.

и это право субаренды может действовать в пределах основного срока аренды.

В соответствии с п. 4 ст. 541 ГК, законодательными актами могут быть установлены особенности сдачи в имущественный наем жилых помещений, земельных участков, участков недр и других обособленных природных объектов, в том числе на основе концессионных соглашений, а также в иных случаях. Из этого вытекает, что: во-первых, наем жилых помещений рассматривается как разновидность договора имущественного найма. Тем не менее, наем жилых помещений выделен в отдельную главу ГК (см. главу 37 настоящего учебника); во-вторых, договор концессии рассматривается гражданским правом как разновидность договора имущественного найма, хотя правовая природа договора концессии остается весьма спорной; в-третьих, особыми объектами считаются не только земельные участки и участки недр, но и другие природные объекты (в частности, лесные участки, водные участки); в-четвертых, в статье говорится еще об иных случаях, что вряд ли правильно (особые случаи должны включаться в ограниченный перечень, не допускающий произвольного расширения); в-пятых, в отношении перечисленных в п. 4 ст. 541 ГК случаев законодательные акты (в частности, Законы о жилищных отношениях, о недрах и недропользовании, о нефти и т. п.) могут устанавливать нормы, отличающиеся от ГК. В случае противоречий между ГК и специальными законами действуют специальные законы.

Законодательными актами могут быть установлены виды имущества, сдача которых в имущественный наем не допускается или ограничивается. Речь идет о таком имуществе, как, например, атомные станции, вооружение, железные дороги общего пользования и т. п.

Существенные условия договора аренды. Единственным существенным условием, предусмотренным в ГК, является условие о предмете договора.

В договоре имущественного найма должны быть указаны данные, позволяющие установить имущество, подлежащее передаче нанимателю в качестве объекта имущественного найма. При отсутствии этих данных в договоре условие об объекте, подлежащем передаче в имущественный наем, считается несогласованным сторонами, а соответствующий договор - незаключенным (ст. 542 ГК).

Стороны договора имущественного найма. Сторонами договора являются наймодатель и наниматель. Наймодателем может быть только собственник имущества или лица, уполномоченные законодательными актами или собственником сдавать имущество в наем (ст. 543 ГК). К лицам, уполномоченным законодательными актами, относятся государственные предприятия на праве хозяйственного ведения,

135

правда, сдавать основные фонды в долгосрочную аренду (свыше трех лет) они могут только с согласия собственника или уполномоченного им государственного органа (ст. 200 ГК). Казенные предприятия вправе сдавать в аренду любое имущество только с согласия собственника (п. 2 ст. 206 ГК).

Форма договора имущественного найма может быть различной в зависимости от сторон договора. Если хотя бы одной из сторон является юридическое лицо,

письменная форма договора обязательна. Договор между гражданами должен быть заключен в письменной форме лишь в случае, когда договор заключается на срок более одного года. Договор имущественного найма на срок до одного года может быть заключен в устной форме. Поскольку в ст. 544 ГК, посвященной форме договора имущественного найма, нет специальной оговорки, можно сделать вывод, что это правило распространяется и на индивидуальных предпринимателей.

Договор имущественного найма недвижимого имущества подлежит государственной регистрации, если иное не установлено законом (п. 2 ст. 544 ГК). В соответствии с п. 2 ст. 118 ГК, право пользования на срок свыше года возникает с момента государственной регистрации. Следовательно, государственной регистрации подлежит договор имущественного найма, заключаемый на срок свыше одного года.

Согласно п. 4 ст. 544 ГК договор имущественного найма, предусматривающий в последующем переход права собственности на имущество к нанимателю (аренда с правом выкупа), заключается в форме, предусмотренной для договора купли-продажи такого имущества. Следовательно, здесь будут применяться общие правила о форме сделок купли-продажи (ст. ст. 151-156, 394 ГК), а при аренде недвижимости - правила ст. ст. 118, 494 ГК.

Срок договора имущественного найма. Договоры имущественного найма, как и остальные договоры, обычно заключаются на определённый срок. Но срок не является существенным условием договора, поэтому допускается заключение договора на неопределённый срок (п. 2 ст. 545 ГК). ГК предусматривает определённую процедуру прекращения договора, заключённого на неопределённый срок. Каждая из сторон вправе отказаться от такого договора в любое время, предупредив об этом другую сторону за три месяца при найме недвижимого имущества, и за один месяц - при найме иного имущества, если законодательными актами или договором не установлено иное. В частности, по договору проката наниматель вправе отказаться от договора в любое время, если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 596 ГК). То есть никакого срока для предупреждения наймодателя ГК не установил.

Законодательными актами могут устанавливаться максимальные (предельные) сроки договора для отдельных видов имущественного найма, а также для найма отдельных видов имущества (п. 3 ст. 545 ГК). Например, срок договора аренды земельного участка не может превышать 49 лет (п. 2 ст. 25, п. 1 ст. 26, п. 1 ст. 28 Закона о земле). При передаче земли в аренду по праву вторичного землепользования срок договора о вторичном землепользовании не может превышать срока первичного землепользования (п. 1 ст. 26, п. 4 ст. 28 Закона о земле).

При установлении законодательными актами предельного срока возможны две ситуации. Первая - когда срок найма в договоре не определён. В этом случае договор по истечении предельного срока прекращается. Вторая - когда срок договора найма превышает установленный законодательными актами срок. В этом случае договор считается заключённым на срок, равный максимальному (предельному) (п. п. 3, 4 ст. 545 ГК).

§ 2. Права и обязанности сторон по договору имущественного найма

Обязанности наймодателя:

1) обязанность **предоставить нанимателю имущество** в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества (п. 1 ст. 547 ГК).

Если внаём сдаётся телевизор, то он должен показывать все телевизионные программы, а не служить в качестве красивой мебели. Но если по условиям договора сдаётся в наём бывший в употреблении телевизор, нельзя требовать, чтобы он выглядел как новый и не имел ни одной царапины. По одному арбитражному делу истец принял переданное внаём оборудование, но потом стал от него отказываться, требуя от ответчика предоставления сертификата качества, хотя оборудование по условиям договора передавалось бывшее в употреблении и сертификата качества оно не имело.

Имущество сдаётся внаём со всеми его принадлежностями и относящимися к нему документами (документами, удостоверяющими комплектность, безопасность, качество имущества, порядок эксплуатации и т.п.), если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 547 ГК). То есть если к телевизору по условиям договора полагались антенна, трансформатор и пульт управления, то они должны быть переданы одновременно с телевизором.

Если такие принадлежности и документы переданы не были, однако без них наниматель не может пользоваться имуществом в соответствии с его назначением, (например, без антенны телевизора), либо в значительной степени лишается того, на что был вправе рассчитывать при заключении договора (например, при отсутствии пульта управления телевизором наниматель может им пользоваться, но это создаёт ему значительные неудобства), он может потребовать предоставления ему наймодателем таких принадлежностей и документов или расторжения договора.

Наймодатель должен предоставить имущество нанимателю в указанный в договоре срок. Если в договоре такой срок не указан, применяется понятие "разумный срок", который может быть различным в зависимости от вида договора или вида имущества, сданного внаём (например, при сдаче в лизинг самолёта или прокат утюга ясно, что разумный срок будет значительно отличаться в каждом из этих двух примеров).

Если наймодатель не выполнил требование о сроке, наниматель вправе истребовать от него это имущество в соответствии со ст. 355 ГК (неисполнение обязательства передать индивидуально-определённую вещь), либо потребовать расторжения договора.

Ответственность наймодателя за недостатки сданного в наём имущества наступает независимо от того, знал ли он во время заключения договора об этих недостатках. Однако недостатки должны быть такие, чтобы они полностью или частично препятствовали пользованию сданным в наём имуществом. Если на задней стенке бывшего в употреблении телевизора обнаружится царапина, это не препятствует пользованию им. Но если выяснится, что не работает пульт управления, это частично препятствует пользованию телевизором.

При обнаружении таких недостатков наниматель вправе по своему выбору потребовать от наймодателя:

- i. безвозмездно устранить недостатки имущества;
- ii. соразмерно уменьшить наёмную плату;
- iii. удержать сумму понесённых им расходов по устранению данных недостатков из платы за пользование имуществом, предварительно уведомив об этом наймодателя;
- iv. досрочного прекращения договора (п. 1 ст. 548 ГК).

У наймодателя при этом есть право без промедления произвести замену предоставленного внаём имущества с согласия нанимателя другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии, либо безвозмездно устранить недостаток имущества (п. 2 ст. 548 ГК).

Естественно, что за недостатки сданного имущества, которые были оговорены при заключении договора или были заранее известны нанимателю, наймодатель не отвечает. В общем-то, это очевидно, но ГК, тем не менее, эту норму закрепил (п. 4 ст. 548 ГК).

2) **предупредить** нанимателя **о всех правах третьих лиц** на сдаваемое внаём имущество (сервитуте, праве залога и т. п.). Имущество передаётся внаём со всеми обременениями (сервитут, право залога и т. п.). Права третьих лиц не могут быть прекращены или изменены передачей имущества внаём. Однако наймодатель должен знать об **этих** обременениях. Ясно, что брать в аренду имущество, обременённое залогом, означает увеличение риска

досрочного прекращения **или** изменения договора имущественного найма. Поэтому если наймодатель не предупредил нанимателя о правах третьих лиц, наниматель вправе требовать уменьшения платы за пользование либо расторжения договора (ст. 549 ГК).

3) **производить** за свой счет **капитальный ремонт** переданного внаем имущества в согласованные сторонами сроки, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (п. 1 ст. 552 ГК).

Содержание переданного внаем имущества является обязанностью и наймодателя, и нанимателя. Но если проведение текущего ремонта (не требующего значительных затрат) возлагается на нанимателя, то проведение капитального ремонта (требующего затрат, несоразмерных с доходами, получаемыми нанимателем за счет этого имущества) остается обязанностью наймодателя.

Капитальный ремонт - это восстановление имущества, его существенных частей, без которого невозможно использовать имущество по назначению.

Текущий ремонт - исправление повреждений или естественных ухудшений имущества, не нарушивших его целостность, не повлекших разрушения или порчи его существенных частей.

Наймодатель обязан производить за свой счет ремонт, вызванный неотложной необходимостью, возникшей в силу обстоятельств, за которые наниматель не отвечает (например, внезапно обрушился потолок помещения), в разумные сроки, если иное не установлено законодательными актами или договором (п. 2 ст. 522 ГК).

Проведение капитального ремонта нередко требует значительных усилий и длительного срока и может ущемлять интересы нанимателя. Поэтому при долгосрочной аренде отношения сторон при проведении капитального ремонта должны быть урегулированы в договоре имущественного найма. Если же необходимость капитального ремонта возникла через короткий срок после сдачи имущества в аренду, наниматель вправе ставить вопрос о сдаче внаем имущества с недостатками с применением положений ст. 548 ГК.

Неисполнение наймодателем обязанности по капитальному ремонту даёт нанимателю право по своему выбору:

- I. произвести ремонт самостоятельно и взыскать с наймодателя стоимость ремонта;
- II. зачесть стоимость ремонта в счёт платы по договору;
- III. потребовать соответствующего уменьшения платы по договору;
- IV. отказаться от договора.

Необходимо отметить, что в качестве одной из мер предусмотрен отказ от договора в одностороннем порядке (например, в ГК РФ предусмотрено досрочное расторжение договора в судебном порядке). Это усиливает гарантии нанимателя, но в то же время создаёт возможности для злоупотребления, так как нередко трудно провести границу между текущим и капитальным ремонтом. Поэтому наниматель может необоснованно заявить о необходимости капитального ремонта и отказаться от договора. Наймодателю в этом случае придётся обращаться в суд, доказывая, что в проведении ремонта нет необходимости. Поэтому при долгосрочной аренде желательно эти вопросы урегулировать в договоре.

Обязанности нанимателя:

- 1) обязанность пользоваться имуществом в соответствии с условиями договора, а если такие условия не определены - в соответствии с назначением имущества (ст. 550 ГК).

Главный упор в этом положении следует делать не на слово "пользоваться", а на слова "в соответствии с условиями договора...". Пользование имуществом не может быть обязанностью, это основное право и цель договора имущественного найма. Обязанностью является соблюдение при пользовании условий договора или назначения имущества²⁴.

В соблюдение этих требований входит и обязанность поддерживать имущество в исправном состоянии, производить за свой счёт текущий ремонт и нести расходы по содержанию имущества, если иное не установлено законодательством или договором (ст. 553 ГК).

- 2) своевременное внесение платы за пользование нанятым имуществом (ст. 546 ГК). Арендная плата не является существенным условием договора, но она относится к обычным условиям, то есть без этого условия договор имущественного найма невозможен".

Порядок, сроки и форма арендной платы устанавливаются договором, если законодательными актами не установлено иное.

Однако если договором не определена арендная плата, это не приводит к признанию договора незаключенным. В соответствии с п. 1 ст. 546 ГК в этом случае считается, что установлены порядок, сроки и форма, обычно применяемые при найме аналогичного имущества по сравнимых обстоятельствах.

В отличие от прежнего законодательства, в ГК установлена достаточно гибкая система внесения арендной платы. В п. 2 ст. 546 ГК установлены следующие виды платы за пользование нанятым имуществом в целом или отдельно по каждой из его составных частей:

²⁴См.: *Витрянский В. В.* Договор аренды и его виды: прокат, фрахтование на время, аренда знаний, сооружений и предприятий, лизинг. М.: Статут, 2000. С. 114.

I. определённые в твёрдой сумме платежи, вносимые периодически или одновременно;
II. установленная доля, полученная в результате использования нанятого имущества, продукции, плодов или доходов;
III. предоставление нанимателем определённых услуг;
IV. передача нанимателем наймодателю обусловленной договором вещи в собственность или внаём;
V. возложение на нанимателя обусловленных договором затрат по улучшению нанятого имущества.

Стороны могут предусматривать в договоре сочетание указанных форм платы за пользование имуществом или иные формы платы.

В ст 546 ГК установлены определённые гарантии для сторон (в основном - для нанимателя) от неоправданного изменения арендной платы. В частности, не допускается одностороннее изменение арендной платы. Размеры платы могут быть пересмотрены по требованию одной из сторон в случаях изменения устанавливаемых централизованно цен и тарифов (п. 4 ст. 546 ГК).

Однако даже если обе стороны согласны, размеры арендной платы могут изменяться не чаще одного раза в год, если иное не предусмотрено соглашением сторон (п. 3 ст. 546 ГК).

3) обязанность возврата арендованного имущества. После прекращения договора наниматель обязан вернуть наймодателю имущество в том состоянии, в котором его получил, с учётом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором (п. 1 ст. 561 1 К). Если наниматель не выполнит эту обязанность, он возмещает наймодателю причинённый ущерб. В случае невозврата или несвоевременного возврата имущества наймодатель вправе потребовать внесения платы за пользование имуществом за всё время просрочки. Если указанная плата не покрывает убытков, наймодатель вправе потребовать их возмещения.

В случае когда за несвоевременный возврат нанятого имущества договором предусмотрена неустойка, ГК в качестве общего правила рассматривает её как штрафную неустойку (п. 4 ст. 561 1 К). 1 о есть

убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки, если иное не предусмотрено договором.

Права нанимателя по пользованию нанятым имуществом определяются договором имущественного найма и могут быть различными в зависимости от предмета аренды. Но наиболее существенные права получили закрепление в ГК.

Выше уже говорилось о праве ограниченного распоряжения нанятым имуществом в соответствии со ст. 551 ГК. Из перечисленных в ст. 551 ГК прав следует особо остановиться на праве нанимателя с согласия наймодателя сдавать нанятое имущество в поднаём (субаренду) и праве передавать свои права и обязанности по договору имущественного найма другому лицу (перенаём).

Что касается перенайма, то здесь происходит замена нанимателя другим лицом. Следовательно, в данном случае необходимо применять правила о цессии и переводе долга (ст. ст. 339-348 ГК).

При поднаёме (субаренде) замены нанимателя не происходит, наниматель остаётся стороной в договоре, но он уступает право пользования нанятым имуществом поднаемателю, который выступает третьим лицом для наймодателя. К договору поднайма применяются правила о договоре имущественного найма, если иное не установлено законодательными актами (п. 3 ст. 551 ГК). Договор поднайма, так же как и другие договоры о передаче имущества другим лицам (например, договор безвозмездного пользования имуществом), не может быть заключён на срок, превышающий срок договора найма (п. 2 ст. 551 ГК).

Договор поднайма целиком зависит от основного договора имущественного найма. Если иное не предусмотрено договором имущественного найма, досрочное прекращение договора имущественного найма влечёт прекращение заключённого в соответствии с ним договора поднайма. Если договор имущественного найма по основаниям, предусмотренным ГК, является недействительным, недействительным является и заключённый в соответствии с ним договор поднайма (ст. 560 ГК).

Продукция, плоды и иные доходы, полученные нанимателем в результате использования нанятого имущества, являются его собственностью, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (ст. 554 ГК). Следовательно, телёнок, родившийся от взятой внаём котом Матроскиным коровы в известном мультфильме "Каникулы в Простоквашино", должен принадлежать коту Матроскину, если иное не было предусмотрено договором найма коровы между ним и сельхозпредприятием (колхозом).

Наниматель имеет право на улучшение имущества, если это необходимо ему для более эффективного использования взятого внаём имущества. Например, он может поставить железную дверь на складе вместо деревянной, купить новый пульт управления к телевизору и т.п. Однако судьба этих улучшений различна в зависимости от их характера.

Отделимые улучшения нанятого имущества, произведённые нанимателем, являются его собственностью, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 555 ГК). Возвращая телевизор наймодателю, он вправе оставить пульт себе. Однако если условием сдачи телевизора внаём было приобретение пульта нанимателем, телевизор возвращается вместе с пультом.

Судьба неотделимых улучшений решается в зависимости от того, имелось ли согласие наймодателя на их произведение:

а) в случае, когда наниматель произвел за счёт собственных средств и **с согласия наймодателя** улучшения, неотделимые без вреда для нанятого имущества, он имеет право после прекращения договора на возмещение стоимости этих улучшений, поскольку иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 555 ГК);

б) стоимость неотделимых улучшений, произведённых нанимателем **без согласия наймодателя**, возмещению не подлежит, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (п. 3 ст. 555 ГК).

Преимущественное право нанимателя на заключение договора на новый срок имеется у нанимателя, надлежащим образом исполнившего свои обязанности. Наниматель обязан письменно уведомить наймодателя о желании заключить такой договор в срок, указанный в договоре имущественного найма, а если в договоре такой срок не указан, то в разумный срок до окончания действия договора.

При заключении договора имущественного найма на новый срок условия договора могут быть изменены по соглашению сторон.

Если наймодатель отказал нанимателю в заключении договора на новый срок, но в течение года со дня истечения срока договора заключил договор имущественного найма с другим лицом, наймодатель вправе по своему выбору потребовать в суде перевода на себя прав и обязанностей по заключённому договору и возмещения убытков, причинённых отказом возобновить с ним договор, либо только возмещения убытков (ст. 557 ГК).

Права нанимателя на пользование взятым внаём имуществом сохраняются и **при изменении наймодателя**. Согласно ст. 559 ГК, переход права собственности, права хозяйственного ведения или права оперативного управления на сданное в наём имущество к другому **лицу** не является основанием для изменения или расторжения договора имущественного найма.

Здесь проявляется признак вещного права, которым является право нанимателя на арендованное имущество - признак права следования. **Право аренды следует за арендованным имуществом.**

Аналогичные правила могут быть применены в ряде случаев и при смене нанимателя. В случае смерти гражданина, являющегося нанимателем недвижимого имущества, его права и обязанности по договору найма этого имущества переходят к наследнику, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное. Наймодатель не вправе отказать такому наследнику во вступлении в договор на оставшийся срок его действия, за исключением случаев, когда заключение договора было обусловлено личными качествами нанимателя (ст. 559 ГК).

Право выкупа арендованного имущества обычно предусматривается в договоре или дополнительном соглашении сторон. Нанятое имущество переходит в собственность нанимателя на условиях, определённых соглашением сторон. Законодательными актами могут быть установлены случаи запрещения выкупа нанятого имущества (ст. 562 ГК).

Защита прав нанимателя. Наряду с договорными способами защиты своих прав (ответственность наймодателя за нарушение договора имущественного найма) наниматель обладает вещноправовыми способами защиты. Согласно ст. 563 ГК, нанимателю обеспечивается защита его права на принятое имущество наравне с защитой права собственности.

Наниматель как обладатель вещного права аренды на нанятое имущество²⁵ сам обеспечивает защиту своего вещного права от посягательств третьих лиц. На наймодателе не лежит ответственность перед нанимателем за нарушения пользования, которые производят своими насильственными действиями третьи лица, не имеющие каких-либо прав на нанятое имущество. Наниматель имеет право предъявлять иски и иным образом защищать принадлежащие ему права от своего имени.

§ 3. Изменение и расторжение договора имущественного найма

Обязательства, возникающие из договора имущественного найма, прекращаются по общим правилам прекращения обязательства²⁶.

Изменение и расторжение договора имущественного найма подчиняется общим правилам об изменении и расторжении договора³.

Кроме того, в ст. 556 ГК закреплены особенности расторжения договора имущественного найма по требованию одной из сторон.

В п. 1 ст. 556 ГК устанавливается общее положение о том, что по требованию одной из сторон договор имущественного найма может быть изменен или расторгнут досрочно в судебном порядке в случаях, предусмотренных ГК, иными законодательными актами или договором.

Далее закрепляются особые случаи, когда договор имущественного найма может быть расторгнут по требованию каждой из сторон.⁴

По требованию наймодателя договор имущественного найма может быть расторгнут и имущество возвращено наймодателю в следующих случаях:

1. если наниматель пользуется имуществом с существенным нарушением условий договора или назначения имущества, несмотря на письменное предупреждение о прекращении таких действий;

2. если наниматель умышленно или по неосторожности существенно ухудшает имущество;

3. если наниматель более двух раз по истечении установленного договором срока платежа не вносит плату за пользование имуществом;

4. если наниматель не производит капитального ремонта имущества в установленные договором найма сроки, а при отсутствии их в договоре - в разумные сроки в тех случаях, когда в соответствии с законодательными актами или договором обязанность капитального ремонта лежит на наймодателе (п. 2 ст. 556 ГК).

По требованию нанимателя договор может быть досрочно расторгнут в следующих случаях:

1. наймодатель не предоставляет имущество в пользование нанимателю либо создает препятствия пользованию имуществом в соответствии с условиями договора или назначением имущества;

2. наймодатель не производит в установленные договором сроки, а при отсутствии их в договоре - в разумные сроки возложенной на него обязанности капитального ремонта имущества;

3. переданное нанимателю имущество имеет недостатки, препятствующие его использованию, которые не были оговорены наймодателем при

²⁵ Подробнее см. § 2 главы 15 (том I) настоящего учебника.

²⁶ См.: главу 31 (том I) настоящего учебника.

заключении договора, не были заранее известны нанимателю и не могли быть обнаружены им во время осмотра имущества или проверки его исправности при заключении договора;

iv. если имущество в силу обстоятельств, за которые наниматель не отвечает, окажется в состоянии, не пригодным для использования.

Обязательным условием для судебного расторжения договора имущественного найма является досудебное урегулирование спора непосредственно между сторонами договора.

Наймодатель обязан направить нанимателю предупреждение о допущенных нарушениях и предоставить ему возможность исполнения своего обязательства в разумный срок. К моменту обращения в суд этот срок должен истечь.

У арендатора нет такой обязанности, но это не значит, что в этом случае не должно быть досудебного урегулирования. Прежде чем обратиться в суд, наниматель направляет наймодателю предложение расторгнуть договор. В суд требование о расторжении договора может быть заявлено после получения отказа наймодателя на предложение расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законодательством либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок (ст. 402 ГК).

Следует иметь в виду, что в ст. 556 ГК говорится о судебном расторжении договора. Односторонний отказ от договора в соответствии со ст. 556 ГК не допускается.

Односторонний отказ от договора допускается лишь в случаях, предусмотренных ст. 404 ГК (отказ от договора, заключенного без указания срока, а также отказ от срочного договора в случаях, перечисленных в п. 2 ст. 404 ГК)²⁷. Стороны могут также закрепить право на односторонний отказ в договоре.

§ 4. Договор аренды предприятия

По договору аренды предприятия арендодатель обязуется предоставить арендатору за плату для осуществления предпринимательской деятельности во временное владение и пользование предприятие как имущественный комплекс (ст. 119 ГК), в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д. (комплекс исключительных прав), за исключением тех прав и обязанностей, которые арендодатель не вправе передавать другим лицам (п. 1 ст. 573 ГК).

²⁷

См.: §,5 главы 32 (том 1) настоящего учебника.

Договор аренды предприятия выделяется по **предмету договора**. Предприятие как имущественный комплекс, используемый для предпринимательской деятельности, определяется в соответствии с понятием, данным ему в ст. 119 ГК²⁸. В силу того, что основными материальными ценностями, входящими в состав предприятия как имущественного комплекса являются здания и сооружения, в п. 2 ст. 581 ГК закреплено, что правила параграфа об аренде зданий и сооружений применяются к аренде предприятия, если иное не предусмотрено правилами ГК об аренде предприятия. Следовательно, в части, не противоречащей нормам ГК об аренде предприятия, к аренде предприятия применимы нормы ГК об аренде зданий и сооружений (ст. ст. 581-584 ГК)²⁹.

В статье 573 ГК в качестве прав, входящих в состав предприятия как имущественного комплекса, перечислены только права интеллектуальной собственности, обозначенные в статье как комплекс исключительных прав. Особо выделено право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя. Фирменное наименование - это наименование юридического лица, являющегося коммерческой организацией (п.2 ст. 38 ГК). Что касается такого понятия как "коммерческое обозначение правообладателя", то в ГК о нем больше нигде не упоминается. Включение этого понятия косвенно подтверждает тот факт, что понятия "предприятие" и "юридическое лицо" могут в ряде случаев не перекрещиваться.

Предприятие в ст. ст. 119, 493 и 573 ГК рассматривается как объект гражданских прав. В данном контексте его следует отличать от понятия "государственное предприятие" рассматриваемое как юридическое лицо, то есть как субъект гражданского права.

В этом смысле предприятие как объект прав может принадлежать не только юридическому лицу, но и индивидуальному предпринимателю.

В статье 15 Закона об индивидуальном предпринимательстве говорится о предпринимательском деле как совокупности имущества, включающая имущественные права, на основе и посредством которых индивидуальный предприниматель осуществляет свою деятельность. Предпринимательское дело в целом или его часть может быть объектом купли-продажи, залога, аренды и других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением прав.

Если в составе предпринимательского дела имеется предприятие как имущественный комплекс, передача его в аренду отдельно или в составе предпринимательского дела будет подчиняться правилам ст. ст. 573-579 ГК.

При сдаче в аренду предприятия к арендатору должны перейти все права и обязанности, связанные с предприятием, за исключением тех, которые арендодатель не вправе передавать другим лицам. В первую очередь это касается прав арендодателя, полученных им на основании лицензий на занятие соответствующей деятельностью. Эти права не

²⁸ См.: г 2 главы 9 (том I) настоящего учебника. 146

²⁹ См.: § 6 настоящей главы.

подлежат передаче арендатору, если иное не установлено законодательными актами (как это было, например, с лицензиями в сфере недропользования).

Переход прав и обязанностей **по отношению к работникам предприятия** происходит с соблюдением порядка, предусмотренного законодательными актами о труде. В частности, все условия заключенных трудовых контрактов должны выполняться арендатором, и прекращение контрактов возможно только на условиях, установленных Законом о труде.

Особое внимание уделяет ГК **защите прав кредиторов при аренде предприятия**. При этом учитывались общие требования Общей части ГК о гарантиях прав кредитора при передаче предприятия как имущественного комплекса третьим лицам (ст. ст. 48, 119 ГК). В соответствии с этим в ст. 574 ГК закрепляется, что о переводе долгов на арендатора арендодатель **обязан письменно уведомить своих кредиторов** до заключения договора аренды, которые в случае несогласия с таким переводом вправе **в течение трех месяцев** со дня получения уведомления потребовать от арендодателя прекращения или досрочного исполнения соответствующих обязательств и возмещения убытков. Если в указанный срок какое-либо из этих требований не предъявлено, кредитор признается давшим согласие на перевод соответствующего долга на арендатора.

Указанный трехмесячный срок является **пресекательным сроком**. В случае его пропуска кредитор уже не вправе требовать прекращения или досрочного исполнения обязательства и возмещения убытков.

Однако возникает вопрос, **каковы последствия неисполнения арендодателем обязанности уведомить кредиторов**. В ГК РФ на этот случай предусмотрено правило о годичном сроке исковой давности, в течение которого кредитор вправе предъявить требования о прекращении или досрочном исполнении обязательства и возмещении убытков (п. 3 ст. 657 ГК РФ). В Казахстане такая норма закреплена только в отношении продажи предприятия (п. 3 ст. 496 ГК). В отношении аренды предприятия подобная норма в ГК отсутствует. Из этого можно сделать вывод, что здесь действует общий срок исковой давности (ст. 178 ГК). Следовательно, кредитор, который не был уведомлен о передаче предприятия в аренду, **может предъявить иск об удовлетворении требований** о прекращении или досрочном исполнении обязательства и возмещении убытков **в течение трех лет** со дня, когда он узнал или должен был узнать о передаче предприятия в аренду.

Предприятие может быть передано арендатору только после завершения расчетов с кредиторами, которые потребовали от арендодателя прекращения или досрочного исполнения обязательств.

После передачи предприятия как имущественного комплекса в **япнду** арендодатель и арендатор несут **солидарную ответственность по включенным в состав переданного предприятия долгам**, которые были переведены на арендатора без согласия кредитора.

Форма договора аренды предприятия - письменная, причем дого- нпп заключается путем составления единого документа, подписанного сторонами (п. 1 ст. 575 ГК). Следовательно, здесь недопустимо заключение договора путем обмена письмами, телеграммами, телетаип- оограммами и т. п., как это предусмотрено в ст. 152 ГК.

Несоблюдение формы договора аренды предприятия влечет его недействительность.

Договор аренды предприятия подлежит **государственной регистрации** и считается заключенным с момента такой регистрации (п. 3 ст. 575 ГК). Исходя из того, что предприятие в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью (п. 1 ст. 119 1 К), регистрация аренды предприятия производится **в порядке, определенном для регистрации сделок с недвижимостью** (ст. 118 1 К, Указ о государственной регистрации).

Исполнение договора аренды предприятия отличается рядом особенностей в силу сложности передаваемого объекта и налагает **на арендодателя дополнительные обязанности**, не свойственные иным договорным обязательствам. Арендодатель обязан за свой счет подготовить предприятие к передаче, включая составление и представление на подписание **передаточного акта**, если иное не предусмотрено договором (ст. 576 ГК).

Для того чтобы подготовить передаточный акт, арендодатель должен провести **инвентаризацию** всех материальных ценностей, входящих в состав предприятия; составить **баланс**, отражающий активы (включая права требования к кредиторам) и пассивы (включая долги по обязательствам). В проекте передаточного акта должна содержаться **расшифровка кредиторской и дебиторской задолженности** арендодателя, связанной с деятельностью предприятия, к передаточному акту должно быть приложено **заключение независимого аудитора** о составе и стоимости предприятия.

Само исполнение договора со стороны арендодателя заключается в **передаче арендованного предприятия**, которое производится только на основании передаточного акта.

Таким образом, если говорить о **содержании договорного обязательства** аренды предприятия, то в качестве основной **обязанности**

149

арендодателя можно назвать **обязанность подготовить предприятие к передаче в аренду** в надлежащем состоянии.

Основной обязанностью арендатора является **обязанность уплачивать арендные платежи**. В соответствии с п. 2 ст. 581 ГК правила ГК об аренде зданий и сооружений применяются к аренде предприятия, если иное не предусмотрено правилами ГК об

аренде предприятия. Поскольку в ГК нет нормы об арендных платежах за аренду предприятия, необходимо применять в этом случае правила ст. 583 ГК, посвященной размеру арендной платы за аренду зданий и сооружений³⁰.

Еще одна специфическая **обязанность арендатора** - это обязанность в течение всего срока действия договора **поддерживать предприятие в надлежащем техническом состоянии**, включая его текущий и капитальный ремонт, если иное не предусмотрено договором. На арендатора возлагаются расходы, связанные с эксплуатацией арендованного предприятия, если иное не предусмотрено договором (ст. 577 ГК).

При **прекращении договора аренды** предприятия должно быть возвращено арендодателю с соблюдением правил, установленных статьями 573, 574 и 576 ГК для передачи предприятия арендатору. То есть действует обратный принцип: в каком виде предприятие было передано, в таком же виде оно должно быть возвращено.

Подготовка предприятия к передаче арендодателю, включая составление и представление на подписание передаточного акта, является в этом случае обязанностью арендатора и осуществляется за его счет, если иное не предусмотрено договором (ст. 580 ГК).

Арендатор обладает довольно широкими полномочиями по **пользованию имуществом арендованного предприятия**. Он вправе без согласия арендодателя продавать, обменивать, предоставлять во временное пользование либо займы материальные ценности, входящие в состав имущества арендованного предприятия, сдавать их в субаренду и передавать свои права и обязанности по договору аренды в отношении таких ценностей другому лицу при условии, что это не влечет уменьшения стоимости предприятия и не нарушает других положений договора аренды, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (ст. 578 ГК).

Арендатор вправе также **без согласия арендодателя вносить изменения в состав арендованного имущественного комплекса**, проводить его реконструкцию, расширение, техническое перевооружение, увеличивающие его стоимость, если иное не предусмотрено договором аренды предприятия.

При этом права арендатора на возмещение стоимости улучшений, шире чем в обычном договоре имущественного найма (ст. 555 ГК).

Арендатор предприятия имеет право на возмещение ему стоимости неотделимых улучшений арендованного имущества независимо от разрешения арендодателя на такие улучшения, если иное не предусмотрено договором аренды предприятия. Арендодатель может быть освобожден судом от обязанности возместить стоимость неотделимых улучшений, если докажет, что издержки арендатора на эти улучшения повышают стоимость арендованного имущества несоразмерно улучшению его эксплуатационных свойств или при осуществлении таких улучшений были нарушены принципы добросовестности и разумности (ст. 579 ГК).

³⁰ См.: § 6 настоящей главы. 150 /

Несоразмерность улучшения означает, что улучшение эксплуатационных свойств могло бы быть достигнуто при существенно меньших затратах, чем те, которые арендатор требует возместить. Нарушение принципа добросовестности означает, что целью нарушения у арендатора было не улучшение эксплуатационных свойств арендованного имущества, а возмещение стоимости понесенных на эти улучшения затрат. Нарушение принципа разумности означает, что арендатор при проведении улучшений не проявил ту меру осмотрительности и заботливости, которая требовалась от него по характеру этих улучшений.

§ 5. Договор аренды зданий и сооружений

По договору аренды здания или сооружения арендодатель обязуется передать во временное владение и пользование арендатору здание или сооружение (п. 1 ст. 581 ГК).

Выделение этой разновидности договора аренды также производится по предмету договора - здания и сооружения. Легального определения зданий и сооружений нет. В литературе предпринимались попытки провести различия между понятиями "здание" и "сооружение".

В частности, под зданием можно понимать архитектурное сооружение, постройку, дом, а под сооружением - всякую значительную постройку (различного вида, назначения)³¹. Здания обычно делятся на жилые и нежилые. Понятие "сооружение" обычно определяют путем перечисления соответствующих объектов, например: нефтяные и газовые скважины, автозаправочные станции, гидротехнические сооружения, магистральные трубопроводы, спортивные, физкультурно-оздоровительные, спортивно-зрелищные сооружения (стадионы, дворцы спорта, концертно-спортивные дворцы, спортивные залы, плавательные бассейны), мосты, оранжереи, трансформаторы, тепловые узлы, подэстакадные пространства и другие инженерные сооружения, фундаментально связанные с землей.

Однако все эти толкования не носят юридического характера, и с точки зрения применения того или иного правового режима различие между понятиями "здание" и "сооружение" юридического значения не имеет³².

В Законе о земле поступили еще проще: дается определение: "здание, строение, сооружение" (ст. 37 Закона о земле).

Гораздо важнее произвести разграничение зданий и сооружений с одной стороны, и других сходных с ними объектов (например, ларек, киоск, палатка и т.п.) - с другой. С этой точки зрения определяющим для понятий "здания" и "сооружения" является то, что они относятся к недвижимому имуществу, то есть к объектам, настолько прочно связанным с землей, что перемещение их без несоразмерного ущерба их назначению невозможно (см.: ст. 117 ГК). Поэтому киоск и ларек к зданиям и сооружениям не относятся.

³¹ См., например: Словарь русского языка // Под ред. Н. Ю. Шведовой. 23-е изд. испр. М., 1991. С. 230, 747.

³² См. об этом: *Вишнянский В. В.* Договор аренды и его виды. М.: Статут, 2000. С. 180-182.

Еще одним отличительным признаком зданий и сооружений является то, что это объекты, искусственно возведенные на земельном участке людьми. Этим они отличаются от естественных объектов природы (горы, леса и т. п.).

Здания и сооружения привязаны к определенному земельному участку и тесно с ним связаны.

К зданиям и сооружениям как объектам аренды относятся только самостоятельные объекты (отдельно стоящие). Нельзя поэтому согласиться с точкой зрения, что "правила об аренде зданий и сооружений применяются при аренде и частей зданий (сооружений)"³³. К аренде части здания или сооружения применяются общие правила об имущественном найме, но не специальные правила об аренде зданий и сооружений³⁴.

Аренда зданий и сооружений неразрывно связана с арендой земельного участка, на котором они расположены. В соответствии с Законом о земле (п. 1 ст. 37) права на здания (строения, сооружения) и на земельный участок, который занят указанными зданиями (строениями, сооружениями) неотделимы друг от друга.

При переходе права собственности либо права хозяйственного ведения или оперативного управления на здания (строения, сооружения) (включая незавершенное строительство) и другое недвижимое имущество к приобретателю переходит право собственности, а в установленных Законом о земле случаях право постоянного или временного землепользования на весь земельный участок либо его определенную часть, выделенную при отчуждении здания (строения, сооружения) в самостоятельный земельный участок, или доля в праве общей собственности на земельный участок, в праве общего землепользования, если земельный участок не разделен или в связи с неделимостью не подлежит разделу (п. 2 ст. 37 Закона о земле).

Сдача во временное пользование землепользователем принадлежащих ему зданий (строений, сооружений) влечет сдачу во временное землепользование на тот же срок земельного участка, занятого указанными зданиями (строениями, сооружениями) и предназначенного для их эксплуатации. Сдача земельного участка, на котором расположены здания (строения и сооружения) и предназначенного для их эксплуатации, во временное землепользование другому лицу без соответствующей сдачи во временное пользование указанной недвижимости не допускается (п. 4 ст. 37 Закона о земле).

Форма договора аренды здания или сооружения целиком совпадает с формой договора аренды предприятия. Договор аренды здания или сооружения заключается в письменной форме путем составления единого документа, подписанного сторонами. Несоблюдение формы договора аренды здания или сооружения влечет его недействительность.

Договор аренды здания или сооружения, **заключенный на срок не менее одного года, подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента регистрации (ст. 582 ГК).**

³³ См.: Гражданское право: Учебник. - Часть II // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. То/стого. М: Проспект, 1998. С. 185.

152

³⁴ См.: *Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 182-183.

Из этого вытекает, что договор аренды, заключенный на срок менее одного года, государственной регистрации не подлежит. Следовательно, в отношении договора, заключенного на один год, такая регистрация уже будет обязательной.

Установление **размера арендной платы** является существенным условием договора. При отсутствии согласованного сторонами в письменной форме условия о размере арендной платы договор аренды здания или сооружения считается незаключенным. При этом правила цены, предусмотренные п. 3 ст. 385 ГК, не применяются (п. 1 ст. 583 ГК).

В пункте 3 ст. 385 ГК говорится, что в случае, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, считается, что исполнение договора должно быть произведено по цене, которая в момент заключения договора при сравнительных обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары, работы или услуги. Следовательно, в соответствии с п. 3 ст. 385 ГК цена рассматривается не как существенное, а как обычное условие договора: договор считается заключенным, но цена определяется исходя из цены за аналогичные товары, работы или другие услуги. Это правило повторено в ГК применительно к обычному договору имущественного найма (п. 1 ст. 546 ГК).

Для договора аренды здания или сооружения (так же как и предприятия) ввиду важности арендной платы в этих договорах данное правило неприменимо.

Передача здания или сооружения арендодателем и принятие его арендатором осуществляются по передаточному акту или иному документу о передаче, подписываемому сторонами (п. 1 ст. 584 ГК).

Здесь не установлена прямо обязанность арендодателя подготовки здания или сооружения к передаче, как это предусмотрено относительно аренды предприятия (ст. 576 ГК), но ясно, что арендодатель должен приложить все усилия, чтобы подготовить здание или сооружение к передаче, включая составление и представление на подписание передаточного акта.

Гражданский кодекс в данном случае предусмотрел обязанность обеих сторон **обеспечить передачу здания или сооружения**. В соответствии с п. 2 ст. 584 ГК уклонение одной из сторон от подписания документа о передаче здания или сооружения на условиях, предусмотренных договором, рассматривается как отказ соответственно арендодателя от исполнения обязанности по передаче имущества, а арендатора - от принятия имущества.

Правила, предусмотренные для передачи здания или сооружения, применяются и при прекращении договора аренды, когда арендованное здание или сооружение должно быть возвращено арендодателю.

§ 6. Аренда транспортных средств

Различается два вида договора аренды транспортных средств: **договор** аренды транспортного средства с представлением услуг по управлению и технической эксплуатации (договор аренды транспортного средства с экипажем) и договор аренды транспортного средства без предоставления услуг по управлению и технической эксплуатации (**договор аренды транспортного средства без экипажа**).

В ¹⁴¹Гражданских кодексах других республик (в частности, в ГК РФ) отдельно регулируются оба вида договора аренды транспортных средств. В ГК

регулируется только аренда транспортного средства с экипажем. Договор аренды транспортных средств без экипажа подчиняются общим положениям ГК о договоре имущественного найма (ст. 594 ГК). Мы считаем, что в регулировании аренды транспортного средства без экипажа нет особых отличий от регулирования других видов договора имущественного найма.

По договору аренды (фрахтования на время) транспортного средства с предоставлением услуг по управлению и технической эксплуатации (договор аренды транспортного средства с экипажем) арендодатель обязан предоставить арендатору транспортное средство за плату во временное владение и пользование и оказывать своими силами услуги по управлению им и по его технической эксплуатации (п. 1 ст. 585 ГК).

Договор аренды транспортного средства с экипажем является **кон-сенсуальным** договором, в отличие от ГК РФ, в котором аналогичный договор конструирован как реальный (ст. 632 ГК РФ).

С транспортными средствами связаны также договоры перевозки и экспедиции, поэтому встает проблема отграничения договора аренды от этих договоров.

Ближе всего по своей правовой природе договор аренды (фрахтования на время) транспортного средства с экипажем стоит к договору фрахтования (чартера) (ст. 691 ГК). И в том, и в другом случае речь идет о фрахтовании транспортного средства на время, однако в одном случае речь идет о договоре аренды, в другом - о договоре перевозки.

Отличия между этими договорами заключаются в следующем:

1. В силу принадлежности к различным договорным типам различен предмет этих договоров. Предметом договора аренды, (следовательно, и договора аренды транспортного средства), является предоставление определенного имущества (транспортного средства) во временное владение и пользование арендатора. Предметом договора перевозки, (следовательно, и договора чартера) является доставка грузов, почты, багажа в пункт назначения.

2. При договоре аренды арендатору передается транспортное средство, при договоре чартера само транспортное средство не передается фрахтователю, ему предоставляется вместимость (либо ее часть) транспортного средства.

3. Договор фрахтования не предусматривает передачу вместимости транспортного средства в пользование фрахтователя, напротив, соответствующее место на борту судна предоставляется на один или несколько рейсов только для перевозки грузов, пассажиров или багажа.

4. По договору фрахтования речь вообще не идет об оказании фрахтовщиком услуг фрахтователю по управлению транспортным средством. Управление транспортным средством и его техническая эксплуатация составляет имманентно присущие элементы обязательства перевозки³⁵.

Форма договора аренды транспортного средства с экипажем является **письменной** независимо от срока договора (ст. 586 ГК).

142

³⁵ См.: Витрянский В. В. Договор аренды и его виды М.: Статут, 2000. С. 163-164; см. также: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2000. С. 508— 509.

Срок в договоре аренды транспортного средства с экипажем регламентируется общими нормами об аренде. Исключение составляет норма п. 2 ст. 585 ГК, в соответствии с которой к договору аренды транспортного средства с экипажем не применяются правила о преимущественном праве арендатора на возобновление договора аренды и о возобновлении договора аренды на неопределенный срок (ст. ст. 557 и 558 ГК).

Обязанности арендодателя, дополнительно к его общим обязанностям, заключаются в следующем:

1) в течение всего срока договора **поддерживать надлежащее состояние** сданного в аренду транспортного средства, включая осуществление текущего и капитального ремонта и предоставление необходимых принадлежностей (ст. 587 ГК). То есть расходы, связанные с технической эксплуатацией транспортного средства (в частности замена изношенных запчастей), целиком возлагаются на арендодателя;

2) оказывать услуги по управлению и технической эксплуатации транспортного средства. Объем таких услуг должен быть таким, чтобы **обеспечивать нормальную и безопасную эксплуатацию транспортного средства** в соответствии с целями аренды, указанными в договоре (п. 1 ст. 588 ГК). Договором аренды транспортного средства с экипажем может быть предусмотрен более широкий круг услуг, предоставляемых арендатору (так, арендодатель может принять на себя обязанность избрать наиболее выгодный для арендатора маршрут перевозки).

Состав экипажа транспортного средства и его квалификация должны отвечать обязательным для сторон правилам и условиям договора, а если обязательными для сторон правилами такие требования не установлены - требованиям обычной практики эксплуатации транспортного средства данного вида и условиям данного договора. Члены экипажа остаются работниками арендодателя. Они сохраняют трудовые отношения с арендодателем, подчиняются распоряжениям арендодателя, относящимся к управлению и технической эксплуатации. В то же время они подчиняются распоряжениям арендатора, касающимся коммерческой эксплуатации транспортного средства (п. п. 2, 3 ст. 588 ГК).

Таким образом, члены экипажа транспортного средства находятся как бы в двойном подчинении. По всем вопросам, связанным с технической эксплуатацией транспортного средства, они выполняют все распоряжения арендатора; по всем вопросам, связанным с коммерческой эксплуатацией, они подчиняются арендатору.

3) нести расходы по оплате услуг членов экипажа, а также расходы по их содержанию, если договором аренды не предусмотрено иное (п. 4 ст. 558 ГК). Это напрямую связано с обязанностью арендодателя осуществлять техническую эксплуатацию транспортного средства.

4) страховать транспортное средство и (или) страховать ответственность за ущерб, который может быть причинен им или в связи с его эксплуатацией (в случаях, когда такое страхование является обязательным), если иное не предусмотрено договором аренды (ст. 550 ГК). Речь здесь идет о двух самостоятельных видах страхования: страховании транспортного средства и страховании гражданской ответственности за ущерб, причиненный транспортным средством. Такая обязанность возникает только тогда, когда эти виды страхования являются обязательными. Это правило является

диспозитивным, договором аренды обязанность страхования может быть возложена на арендатора.

Арендатор обязан нести расходы по оплате топлива и других расходуемых в процессе эксплуатации материалов, по оплате сборов и другие расходы, возникающие в связи с коммерческой эксплуатацией транспортного средства (ст. 590 ГК).

Таким образом, обязанности по несению расходов четко распространяются между арендодателем и арендатором: расходы по технической эксплуатации транспортного средства несет арендодатель, несение расходов по коммерческой эксплуатации транспортного средства возлагается на арендатора.

Эта обязанность также является диспозитивной, иное может быть предусмотрено договором. Арендатор может быть освобожден от обязанности нести расходы, возникающие в связи с коммерческой эксплуатацией, но на него не может быть возложена обязанность нести расходы, связанные с технической эксплуатацией в связи с императивностью нормы ст. 587 ГК.

Арендатор вправе в рамках осуществления коммерческой эксплуатации транспортного средства без согласия арендодателя от своего имени заключать с третьими лицами договоры перевозки и иные договоры, если они не противоречат целям использования транспортного средства, указанным в договоре аренды, а если такие цели не установлены - назначению транспортного средства (ст. 591 ГК).

Это право не может быть ограничено договором аренды. Однако под иными договорами понимаются договоры, связанные с коммерческой эксплуатацией транспортного средства. Не могут быть заключены договоры, связанные с распоряжением транспортным средством, с залогом прав на аренду и т. п.

Арендатор несет ответственность за вред, причиненный транспортному средству. В случае гибели или повреждения арендованного транспортного средства арендатор обязан возместить арендодателю причиненные убытки, если последний докажет, что гибель или повреждения транспортного средства произошли по обстоятельствам, за которые арендатор отвечает в соответствии с законодательными актами или договором (ст. 592 ГК). ГК в данном случае отошел от принципа вины, так как обстоятельства, за которые арендатор отвечает, могут возникнуть независимо от его вины (например, самовозгорание пожароопасного груза).

В силу того, что транспортное средство является источником повышенной опасности, ответственность за вред, причиненный третьим лицам арендованным транспортным средством, его механизмами, устройствами, оборудованием и т. п., несет в соответствии со ст. 593 ГК арендатор в соответствии с правилами ст. 931 ГК (регулирующей ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности).

§ 7. Прокат

По договору проката наймодатель, осуществляющий сдачу движущего имущества внаем в качестве постоянной предпринимательской деятельности, обязуется предоставить нанимателю имущество за плату во временное владение и пользование. Иму-

щество, предоставленное по договору проката, используется для потребительских целей, если иное не предусмотрено или не вытекает из существа обязательства (п. 1 ст. 595 ГК).

Признаками, отличающими договор проката от обычного договора имущественного найма, являются:

1) наймодавец осуществляет сдачу имущества внаем в качестве **постоянной предпринимательской деятельности**. Обычно это ателье или пункт проката. Речь идет не о любой коммерческой организации, а о коммерческой организации или индивидуальном предпринимателе, постоянно и профессионально занимающихся предпринимательской деятельностью по прокату имущества. Разовые операции, совершаемые коммерческой организацией по сдаче имущества в аренду, нельзя признать прокатом;

2) внаем сдается **движимое** имущество. Если объектом имущественного найма является недвижимость, речь не может идти о прокате, в этом случае имеет место аренда предприятий, зданий, сооружений, земельного участка и иного недвижимого имущества;

3) имущество, предоставленное по договору проката, используется **для потребительских целей**. Речь идет о личном потреблении. Использование имущества в производственных целях допускается лишь в случаях, когда это предусмотрено договором или вытекает из существа обязательства (например, при прокате научного оборудования **последнее** может быть использовано в производственном процессе, при прокате весов они используются в торговой деятельности и т.п.).

Ранее в законодательстве Казахстана регулировался только **бытовой** прокат (ст. ст. 258, 271 ГК КазССР), поэтому стороной - потребителем в договоре бытового проката мог быть только гражданин. В соответствии с ГК прокат может быть и не бытовым (прокат оборудования), поэтому в качестве нанимателя может выступать не только гражданин, но и юридическое лицо;

4) договор проката является **публичным** (п. 3 ст. 595 ГК). Следовательно, к нему применяются все положения ст. 387 ГК. Наймодавец не вправе отказать никому, кто обратится к нему с предложением заключить договор проката при наличии возможности предоставить потребителю соответствующее имущество и не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения договора;

5) договор проката в отличие от обычного договора имущественного найма **не может быть бессрочным**. Напротив, ГК ограничивает даже возможные сроки договора проката одним годом (п.1 ст. 596 ГК). Это значит, что если договор проката будет заключен на срок более года, он будет юридически действительным только в течение одного года;

6) к договору проката **не применяются** предусмотренные ст. ст. 557, 558 ГК **правила о преимущественном праве нанимателя на возобновление договора** имущественного найма и о возобновлении договора имущественного найма на неопределенный срок (п. 2 ст. 596 ГК). В этом проявляется сходство договора проката с договором аренды транспортного средства с экипажем;

7) наниматель **вправе отказаться** от договора проката в любое время, если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 596 ГК).

Форма договора проката письменная (п. 2 ст. 595 ГК).

Обязанности наймодателя:

1) при заключении договора проката в присутствии нанимателя **проверить исправность сдаваемого внаем имущества**, а также ознакомить нанимателя с правилами эксплуатации имущества либо выдать ему письменные инструкции о пользовании этим имуществом (ст. 595 ГК);

2) при обнаружении нанимателем недостатков сданного внаем имущества полностью или частично препятствующих пользованию им, в десятидневный срок со дня заявления нанимателя о недостатках, если более короткий срок не установлен договором, - **безвозмездно устранить недостатки** имущества на месте либо произвести замену имущества другим аналогичным имуществом, находящимся в надлежащем состоянии. Однако если наймодателю удастся доказать, что недостатки сданного внаем имущества являлись следствием нарушения нанимателем правил эксплуатации и содержания имущества, наниматель обязан будет оплатить наймодателю стоимость ремонта и транспортировки имущества (ст. 598 ГК);

3) **производить капитальный и текущий ремонт** имущества, сданного внаем по договору проката (п. 1 ст. 600 ГК).

Наниматель обязан вносить плату за пользование имуществом по договору проката. Особенностью договора проката является то, что плата устанавливается в виде определенных в твердой сумме платежей, вносимых периодически или единовременно (п. 1 ст. 599 ГК). Иные формы платы за пользование имуществом в договоре проката использоваться не могут.

В случае досрочного возврата имущества нанимателем наймодатель возвращает ему соответствующую часть полученной платы за пользование имуществом, исчисляя ее со дня, следующего за днем фактического возврата имущества (п. 2 ст. 599 ГК).

Права нанимателя по владению и пользованию предметом проката значительно сужены по сравнению с аналогичными правами в Обычном договоре имущественного найма. Во многом это связано с тем что предмет проката используется только для потребительских целей. В соответствии со ст. 600 ГК не допускается сдача в поднаем имущества, предоставленного нанимателю по договору проката, передача нанимателем своих прав и обязанностей по договору проката. Кому лицу, предоставление этого имущества в безвозмездное пользование, залог прав нанимателя и внесение их в качестве имущественного вклада в хозяйственные товарищества, акционерные общества взноса в производственные кооперативы (п. 2 ст. 600 ГК).

В случаях, когда в качестве нанимателя выступает гражданин, защита его прав осуществляется также путем применения норм Закона о защите прав потребителя.

Глава 38. Договор лизинга

§ 1. Правовое регулирование лизинга

С середины XX столетия в США и в Европе широкое распространение получил **лизинг**. Хотя некоторые авторы утверждают, что лизинг был известен задолго до того, как жил Аристотель, который в "Риторике" отмечал, что богатство составляет не владение

имуществом на праве собственности, а его (имущества) пользование. Так, английский автор Т. Кларк находит несколько положений о лизинге в законах Хаммурапи, принятых около 1760 г.³⁶ Лизинг - слово английского происхождения, производное от глагола lease - брать и сдавать имущество во временное пользование. В США, в Англии и в других странах распространению лизинга способствовало развитие железнодорожного транспорта. Железнодорожные компании, стремясь избежать больших расходов на приобретение транспортных средств в собственность, сначала стали прибегать к конструкции траста, которая в последующем была оттеснена лизингом. Причиной его широкого распространения являются те экономические и юридические преимущества, который лизинг предоставляет его участникам.

В бывшем СССР с понятием "лизинг", познакомились во время второй мировой войны, когда в 1941-45 годах по lend-lease осуществлялась поставка американской техники³⁷. В современный период в странах СНГ, в том числе в Казахстане и России, формирование лизинговых структур на внутреннем рынке начинается с 1989 г. При этом нормативное регулирование лизинговых отношений отставало не только от потребностей, но даже от уже существующей практики его применения.

³⁶Кабатова Е. В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М.: ИНФРА М., 1998. С. 13-14.

³⁷Газман В. Д. Лизинг: теория, практика, комментарий. М.: Фонд "Правовая культура", 1997. С. 16.

В Казахстане впервые термин "лизинг" стал использоваться в законодательстве, регулирующем банковские операции. Так, в Программе стабилизации экономики Казахской ССР и перехода к рынку, утвержденной постановлением Верховного Совета КазССР 6 декабря 1990 г., в разделе "Финансово-кредитная политика" к функциям банков были отнесены лизинго-факторинговые операции". Как вид сделки лизинг упоминается также в ст. 43 Указа о налогах. Далее упоминание о лизинге как одной из разрешенных видов банковских операций встречается в ст. 30 Указа о банках. При этом лизинг определяется как аренда имущества с сохранением права собственности арендодателя на сдаваемое в аренду имущество на весь срок действия договора.

Впервые нормы, регулирующие лизинг как одну из разновидностей договоров, закреплены в Особенной части гражданского кодекса. Лизингу посвящены ст. ст. 565-572 ГК. В части, не урегулированной указанными статьями, применяются общие положения о договоре аренды (ст. ст. 540-564). **Более детально лизинговые отношения** были урегулированы **Законом о лизинге**. Данный закон применяется только к финансовому лизингу. При заключении оперативного лизинга, следовательно, необходимо руководствоваться нормами ГК. Кроме того, для развития лизинговых отношений большое значение имеют налоговое, таможенное и банковское законодательство.

§ 2. Понятие, формы и виды лизинга

Понятие лизинга. В законодательстве Казахстана, в отличие от законодательства Российской Федерации, использующего понятие "финансовая аренда (лизинг)" (ГК РФ), Франции, использующего понятие "кредит-аренда" (Закон о предприятиях, практикующих кредит-аренду от 3 июля 1966 г.), Бельгии, использующего понятие "финансовая аренда" (корольское постановление от 10 ноября 1967 г. о предприятиях, практикующих финансовую аренду), используются понятия "лизинг" (ГК РК) и "финансовый лизинг" (Закон о лизинге).

В соответствии с п. 1 ст. 565 ГК **по договору лизинга лизингодатель обязуется приобрести в собственность указанное лизингополучателем имущество у продавца и предоставить лизингополучателю это имущество во временное владение и пользование для предпринимательских целей за плату.** В Законе о лизинге под финансовым лизингом понимается вид инвестиционной деятельности, при которой:

1) лизингодатель обязуется приобрести в собственность обусловленный договором лизинга предмет лизинга у продавца и передать его лизингополучателю за определенную плату, на определенный срок и на определенных условиях во временное владение и пользование для предпринимательских целей. При этом срок, на который предмет лизинга передается лизингополучателю, соизмерим по продолжительности со сроком амортизации всей или существенной части (не менее 80 %) стоимости предмета лизинга или превышает его;

2) лизингополучатель обязуется ¹⁴⁸уплачивать регулярные периодические платежи, подлежащие уплате в соответствии с договором лизинга, которые

рассчитываются с учетом возмещения (амортизации) всей или существенной части (не менее 80 %) стоимости предмета лизинга по цене на момент заключения договора лизинга. При этом предмет лизинга переходит в собственность лизингополучателя по истечении срока действия договора лизинга или до его истечения при условии выплаты лизингодателю полной суммы, предусмотренной договором лизинга, если такой переход предусмотрен договором лизинга.

Вопрос о правовой природе лизинга является одним из дискуссионных в литературе. В ГК лизинг рассматривается как **одна из разновидностей договора аренды**, поскольку нормы о лизинге в ГК находятся в главе 29 "Имущественный наем (аренда)". С другими разновидностями аренды лизинг объединяет ряд признаков, главными из которых являются: 1) передача непотребляемой индивидуально определенной вещи лизингополучателю во временное владение и пользование; 2) сохранение права собственности у лизингодателя до истечения срока договора с возможностью перехода имущества в собственность пользователя; 3) обязанность пользоваться имуществом в соответствии с его назначением и условиями договора; 4) обязанность пользователя уплачивать периодические платежи за пользование имуществом.

От других разновидностей аренды лизинг отличается рядом существенных признаков, которые обуславливают его особенности. **Во-первых**, договор лизинга нельзя рассматривать в отрыве от комплекса взаимоотношений, связанных с финансированием и приобретением имущества, передаваемого во владение и пользование лизингополучателя. Такой комплекс взаимоотношений складывается на основании нескольких договоров: 1) договора лизинга, заключаемого между лизингодателем и лизингополучателем; 2) договора купли-продажи, заключаемого между продавцом и лизингодателем. Если лизингодатель приобретает имущество за счет заемных средств, необходимым компонентом лизинговой операции становится также заключение договора займа. **Во-вторых**, договоры купли-продажи и лизинга настолько тесно связаны между собой, что по договору лизинга лизингополучатель приобретает права в отношении продавца, с которым он в договорных отношениях не состоит, а на продавца возлагаются определенные обязанности в отношении лизингополучателя. С частности, по общему правилу, продавец передает имущество не покупателю, а лизингополучателю по месту нахождения последнего. Риск случайной гибели или порчи имущества, в отличие от общего положения, предусмотренного в ст. 190 ГК, с момента передачи имущества несет лизингополучатель, а не его собственник, если иное не предусмотрено договором. **В третьих**, специфика лизинга состоит в том что лизингодатель приобретает имущество по указанию лизингополучателя. Самому лизингодателю такое имущество, как правило, не нужно. Приобретая его, лизингодатель желает выгодно инвестировать собственные или привлеченные средства. Именно поэтому лизингодателями, как правило, являются банки и специализированные лизинговые компании. **В четвертых**, по общему правилу, выбор предмета лизинга и продавца осуществляет лизингополучатель, а не лизингодатель. Только в случаях, предусмотренных договором, выбор продавца и

приобретаемого имущества осуществляет лизингодатель. В связи с этим, если выбор произведен лизингополучателем, лизингодатель не несет ответственности за выполнение продавцом требований, вытекающих из договора купли-продажи.

В законодательстве Казахстана право на опцион, то есть право на покупку предмета лизинга не является его квалифицирующим признаком. В некоторых странах указанное право имеет существенное значение для определения правовой природы возникающих отношений. Например, французское, бельгийское и итальянское законодательство, в отличие от американского рассматривают опцион на покупку как один из обязательных элементов договора лизинга. Различия в решении вопроса об опционе дали основание некоторым авторам для подразделения отношений по договору лизинга на французскую и англосаксонскую системы. В США опцион на покупку может быть включен или не включен в договор. От этого природа договора не меняется. В отличие от этого в Англии опцион не может быть включен в договор, иначе он превращается в договор аренды-продажи³⁸.

³⁸ Кабатова Е. В. Указ.соч. С. 24-25.

Стороны договора. Сторонами договора являются лизингодатель и лизингополучатель. Предмет лизинга может быть приобретен лизингополучателем только для предпринимательских целей. В связи с этим лизингополучателями могут быть только юридические и физические лица, являющиеся предпринимателями. Из физических лиц это индивидуальные предприниматели, а из юридических - коммерческие юридические лица и некоммерческие юридические лица, которые занимаются предпринимательской деятельностью в соответствии со своим уставом. Из гражданского кодекса не вытекает, что продавец и лизингодатель также должны быть предпринимателями. Однако такое требование установлено в ст. 2 Закона о лизинге. Лизинговая деятельность, по общему правилу, не является лицензируемой. Такое требование в соответствии с Указом о банках установлено только для банков.

Предмет договора. Особенностью казахстанского законодательства является то, что в лизинг могут быть переданы любые непотребляемые вещи, за исключением ценных бумаг и природных ресурсов. В частности, предметом лизинга могут быть здания, сооружения, машины, оборудование, инвентарь, транспортные средства, земельные участки и др. Нормы Оттавской конвенции признают предметом лизинга только оборудование, то есть движимое имущество. В законодательстве различных стран вопрос о предмете лизинга решается по-разному. Но, несмотря на бытующий взгляд о том, что предметом лизинга в основном является оборудование, статистика показывает, что в большинстве стран лизинговые операции осуществляются как в отношении движимого, так и в отношении недвижимого имущества³⁹.

Казахстанское законодательство, как уже отмечалось, допускает лизинг недвижимости. Однако, в связи с тем, что в соответствии с определением понятия лизинга вещи должны быть приобретены лизингодателем в собственность и переданы лизингополучателю во владение и пользование, ограничивается лизинг земельных участков, которые не могут принадлежать лизингодателю на праве собственности. Например, из анализа ст. ст. 18, 79 Закона о земле) следует, что земли сельскохозяйственного назначения за исключением случаев, предусмотренных п. 1 ст. 33, могут находиться только на праве постоянного или временного землепользования. В связи с этим такие земли не могут быть приобретены в собственность лизингодателя для того, чтобы передать их во владение и пользование лизингополучателя. Такое ограничение для земель сельскохозяйственного назначения считаем необоснованным. В литературе отмечалось, что имущественные права ни при каких условиях не могут быть самостоятельным объектом лизинга, поскольку они не относятся к категории вещей. При этом авторами допускается лизинг имущественных прав только в составе предприятия как имущественного комплекса⁴⁰. Позицию автора следует признать обоснованной только для тех случаев, когда нет ограничений для приобретения в собственность тех или иных вещей. Если же на

³⁹ См.-. там же. С. 37-39.

⁴⁰ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С.

определенную категорию вещей не может возникнуть право частной собственности, а только имущественные права, такое ограничение может иметь негативные последствия для определенных субъектов гражданских правоотношений. Например, выпадают из круга возможных участников лизинговых отношений крестьянские и фермерские хозяйства и иные производители товарной сельскохозяйственной продукции. Между тем, сельское хозяйство Казахстана нуждается в дополнительных капиталовложениях. Лизинг был бы одним из приемлемых для этого правовых конструкций. В связи с изложенным, следует допустить лизинг имущественных прав в случаях, предусмотренных законодательным актом.

Формы и виды лизинга. Классификация видов лизинга может быть произведена по разным основаниям: отношение к арендуемому имуществу; тип финансирования; тип лизингового имущества; состав участников; степень окупаемости лизингового имущества; сектор рынка, где производятся лизинговые операции; отношение к налоговым, таможенным и амортизационным льготам и преференциям; порядок лизинговых платежей⁴¹.

В ГК не урегулирован вопрос о формах и видах лизинга. Решение вопроса нашло отражение в Законе о лизинге (ст. 3). К формам лизинга закон относит внутренний и международный лизинг. При осуществлении внутреннего лизинга лизингодатель, лизингополучатель и продавец являются резидентами Республики Казахстан. При осуществлении международного лизинга лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Республики Казахстан. В соответствии с Оттавской конвенцией, как уже отмечалось, критерием отнесения лизинга является место пребывания участников.

К видам лизинга отнесены возвратный, банковский, полный и чистый лизинг. Под возвратным лизингом Закон о лизинге понимает такую разновидность лизинга, при котором продавец продает предмет лизинга лизингодателю с условием обратного получения данного предмета лизинга. По мнению В. В. Витрянского, в этом случае отсутствует один из основных элементов лизинга, а именно: приобретение лизингодателем оборудования у определенного продавца в соответствии с указаниями арендатора, - который как раз и является квалифицирующим признаком всякого договора лизинга, позволяющим выделить его в отдельный вид аренды.

Банковским лизингом Закон о лизинге признает разновидность лизинга, в котором в качестве лизингодателя выступает банк. Деление лизинга на полный и чистый зависят от распределения между сторонами обязанностей по техническому обслуживанию и текущему ремонту предмета лизинга. Если такие обязанности возложены на лизингодателя это полный лизинг, а если на лизингополучателя это чистый лизинг. В литературе по данному основанию различают также частичный лизинг (с частичным набором услуг), когда на

⁴¹ Газман В. Д. Указ. соч. С. 26.; Смагулов А. Лизинг: Учебное пособие. Алматы: Балауса, 1996. С. 12-22.

лизингодателя возлагаются лишь отдельные функции по обслуживанию имущества⁴².

В юридической литературе, помимо перечисленных, называют также оперативный и финансовый лизинги⁴³, срочный и возобновляемый (револьверный) лизинга⁴⁴; мнимый и притворный лизинги, "мокрый" и комбинированный лизинги, генеральный лизинг, лизинг с полной выплатой (окупаемостью) и лизинг с частичной выплатой (окупаемостью)⁴, косвенный и раздельный (leveraged leasing) лизинги и др.

Основными видами лизинга в литературе признают **финансовый** и **оперативный** лизинга⁶. В основу указанной классификации положены объем обязанностей лизингодателя и срок лизинга. Финансовый лизинг характеризуется тем, что срок, на который имущество передается во временное пользование, совпадает по продолжительности со сроком его полной амортизации. При этом полный объем обязанностей по страхованию, техническому обслуживанию и ремонту, как правило, возлагается на пользователя имущества. В течение срока договора лизингодатель возвращает себе всю стоимость имущества и получает доход от лизинговой операции⁴⁵. **Оперативный лизинг** характеризуется следующими чертами: 1) имущество передается лизингополучателю на срок, существенно меньший экономического (нормативного) срока службы имущества; 2) по истечении срока договора предмет лизинга возвращается лизингодателю; 3) в течение срока действия договора лизингодатель не получает полную компенсацию всех произведенных им затрат, в связи с чем, как правило, имущество может быть передано в пользование различных лиц неоднократно; 4) техническое обслуживание, ремонт, страхование предмета лизинга лежит на лизингодателе⁴⁶. При повторной сдаче имущества другим пользователям должна применяться конструкция аренды, а не лизинга поскольку при этом отсутствует такой квалифицирующий признак лизинга, как приобретение имущества по указанию лизингополучателю с целью передачи пользователю. Соответственно, между продавцом имущества и лицами, которым имущество было передано в повторное пользование, не могут возникнуть таких отношений, как между продавцом и лизингополучателем. Оперативный лизинг, в связи с изложенными его особенностями исключен из сферы регулирования Отгавской конвенции, которая применяется только к финансовому лизингу. В литературе высказано мнение о том, что оперативный лизинг является фактически разновидностью аренды (если не учитывать отношения арендодателя с продавцом этого имущества)...

В литературе высказано мнение, что только оперативный и финансовый лизинги представляют собой два основных типа операции, все остальные являются разновидностью этих двух.

⁴² Газман В. Д. Указ.соч. С. 26-27.

⁴³

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 561. ^

⁴⁴ Газман В. Д. Указ.соч. С. 27.

⁴⁵ Сахарчук В. Указ.соч. С.

27. 168

⁴⁶См. также Кабатова Е. В. Указ. соч. С. 27; Сахарчук В. Указ.соч. С. 26;

Брагинский М. И. Витрянский В. В. Указ. соч. С. 559.

§ 3. Содержание и заключение договора лизинга

Договор лизинга заключается между лизингодателем и лизингополучателем. Для того, чтобы договор лизинга считался заключенным необходимо, чтобы стороны в требуемой форме достигли соглашения обо всех его существенных условиях.

Существенные условия договора лизинга указаны в ст. 56 / 1 К и в ст 15 Закона о лизинге. Перечень таких условий в указанных законодательных актах не совпадает. Закон о **лизинге** значительно расширил перечень существенных условий договора. В соответствии с ГК существенными условиями признаны: 1) предмет лизинга; 2) наименование продавца; 3) условия и срок передачи имущества лизингополучателю; 4) размер и периодичность платежей; 5) срок договора, 6) Условия перехода имущества в собственность лизингополучателя, если такой переход предусмотрен договором. В соответствии с Законом о лизинге договор лизинга должен содержать следующие существенные условия: 1) предмет договора; 2) наименование продавца предмета лизинга с указанием, кем был осуществлен выбор продавца 3) условия и срок передачи предмета лизинга лизингополучателю, 4) размер и периодичность лизинговых платежей; 5) стоимость предмета лизинга; 6) срок действия договора; 7) условия перехода предмета

лизинга в собственность лизингополучателя, если такой переход предусмотрен договором; 8) описание предмета лизинга; 9) порядок содержания и ремонта предмета лизинга; 10) страхование предмета лизинга; 11) возложение на одну из сторон обязанности государственной регистрации предмета лизинга на имя лизингодателя; 12) порядок осуществления лизингодателем контроля за исполнением лизингополучателем обязательств по договору лизинга; 13) ответственность сторон.

Отнесение к существенным условиям всех указанных условий означает, что если стороны не включили в договор перечисленные условия, договор признается недействительным. Между тем такое расширение перечня существенных условий договора лизинга считаем необоснованным и, более того, противоречащим законодательству о лизинге, в том числе самому Закону о лизинге. Например, подпункт 8 дублирует подпункт 1. Предмет лизинга включает в себя его описание. Поэтому нет необходимости в соответствии с подпунктом 1 указывать в договоре предмет лизинга, а в соответствии с подпунктом 8 давать его описание. Отнесение к существенным условиям порядка содержания и ремонта предмета лизинга также является излишним. Для лизинга данное условие в соответствии с подпунктом 5 п. 2 ст. 12 Закона о лизинге является обычным условием. Установлено, что лизингополучатель за свой счет обязан осуществлять содержание (в том числе оплату необходимых коммунальных платежей, связанных с предметом лизинга) и техническое обслуживание предмета лизинга, его текущий ремонт, если иное не предусмотрено договором лизинга или законодательными актами. Из изложенного следует, что содержание и ремонт предмета лизинга, по общему правилу, осуществляет лизингополучатель. Договором указанные обязательства могут быть возложены на лизингодателя. Одно и то же условие не может быть признано законодательным актом в качестве обычного и существенного условия договора. Нет также необходимости признавать существенным условие договора о возложении на одну из сторон обязанности по государственной регистрации предмета лизинга на имя лизингодателя. Закон о лизинге требует регистрацию не предмета лизинга, а договора лизинга (ст.9). Движимое и недвижимое имущество, являющееся предметом лизинга, подлежит регистрации только в установленных случаях. В частности, в соответствии с п. 2 ст. 117 ГК обязательной регистрации подлежат воздушные и морские суда, суда внутреннего водного плавания, суда плавания "река-море", космические объекты. Требование о регистрации автотранспортных средств установлено Правилами регистрации автотранспортных средств и прицепов к ним в Республике Казахстан, утвержденными приказом МВД РК от 24 июля 1996 г. В связи с изложенным между сторонами договора лизинга может быть распределена обязанность по регистрации договора лизинга, а не самого имущества. Обязанность по регистрации предмета лизинга становится условием договора только в тех случаях, когда необходима обязательная регистрация такого имущества (космические, морские суда и др.).

В связи с изложенным, считаем, что перечень существенных условий, предусмотренных в ГК, является достаточным. Остальные условия должны включаться в содержание договора по желанию сторон и для более детального урегулирования возникающих отношений.

В ГК для лизинга не установлены специальные нормы о **форме** договора лизинга. В Законе о лизинге форме договора посвящены ст. ст. 9 и 16. В соответствии со ст. 9 договор лизинга недвижимого имущества подлежит обязательной государственной регистрации в порядке, определяемом законодательными актами. Договор лизинга движимого имущества подлежит обязательной регистрации органами, осуществляющими регистрацию залогов движимого имущества. В соответствии с п. 2 ст. 16 Закона о лизинге договор лизинга вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента подписания договора, если иное не предусмотрено законодательством или договором лизинга. Таким образом, из ст. 16 вытекает, что договор лизинга должен быть заключен в письменной форме путем его подписания и с этого момента он вступает в силу. В ст. 9 для договора лизинга установлено требование об обязательной его регистрации. В связи с изложенным, неясно, каково влияние регистрации на заключение договора, если закон признает регистрацию обязательной. Между тем, правовое **значение** регистрации на возникновение лизинга должно быть установлено в законодательном акте.

В Казахстане Законом о лизинге допускается оформление лизинговых отношений между продавцом, лизингодателем и лизингополучателем одним договором лизинга (ст. 13). Если в договоре лизинга участвует продавец, отдельно договор купли-продажи не заключается. В этом случае права и обязанности продавца устанавливаются в соответствии с договором лизинга.

§ 4. Права и обязанности сторон в договоре лизинга

Права и обязанности сторон составляют **содержание** договора лизинга. В. В. Витрянский отмечает, что своеобразие содержания договора лизинга в основном объясняется тем, что возникшие из него обязательства представляют собой сочетание, с одной стороны, прав и обязанностей арендатора и арендодателя, типичных для арендных отношений, а с другой - некоторых особых прав и обязанностей сторон, связанных с необходимостью заключения договора купли-продажи для приобретения арендодателем лизингового имущества с последующей передачей его арендатору. Следствием этого является возложение отдельных прав и обязанностей арендодателя, выступающего одновременно покупателем имущества по договору купли-продажи, как на арендатора по договору лизинга (права и обязанности покупателя), так и на продавца по договору купли-продажи (права и обязанности арендодателя).

Таким образом, анализ законодательства, регулирующего лизинговые отношения, показывает, что специфика содержания договора лизинга состоит в следующем: 1) лизингодатель и лизингополучатель имеют по отношению друг к другу права и обязанности, которые вытекают не только из договора лизинга, но и договора купли-продажи, заключенного между лизингодателем и продавцом; 2) продавец имеет права и несет обязанности перед лизингополучателем, с которым в договорных отношениях не состоит, причем его права и обязанности вытекают из договора лизинга, заключенного между лизингодателем и лизингополучателем; 3) стороны в договоре лизинга имеют такие же права и несут обязанности, как и

права и обязанности арендодателя и арендатора, за исключением тех, которые являются специфичными для договора лизинга, отличая его от других разновидностей аренды.

К специфичным правам и обязанностям лизинга, отличающим его от других разновидностей аренды, необходимо отнести: 1) право выбора предмета лизинга и поставщика принадлежит лизингополучателю, если иное не предусмотрено договором; 2) для передачи предмета лизинга лизингополучателя лизингодатель обязан заключить договор купли-продажи с продавцом имущества по указанию и в соответствии с требованиями лизингополучателя; 3) предмет лизинга может использоваться лизингополучателем только в предпринимательских целях; 4) риск случайной порчи или гибели имущества, а также вред, причиненный имуществу третьим лицом, с момента передачи имущества несет не собственник, а лизингополучатель, если иное не предусмотрено договором; 5) обязанности по содержанию имущества, если иное не предусмотрено договором или законодательными актами, несет лизингополучатель, а не собственник (в том числе по обслуживанию, ремонту предмета лизинга); 6) при необходимости страхования имущества обязанности по страхованию несет лизингополучатель, если иное не предусмотрено договором; 7) если выбор предмета лизинга и поставщика осуществил лизингополучатель право требования по качеству, комплектности, срокам поставки и иным условиям,

вытекающим из договора купли-продажи, лизингополучатель имеет к поставщику, а не к лизингодателю.

Например, передача имущества, являющегося одновременно предметом договора лизинга и купли-продажи, осуществляется не лизингодателем, а продавцом, и не покупателю, а лизингополучателю в месте нахождения последнего, если иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа обязательства. По общему правилу, требования по качеству, комплектности, срокам поставки предъявляются продавцу не покупателем, а лизингополучателем.

В связи с изложенным, стороны договора лизинга имеют права и обязанности, характерные для договора купли-продажи, лизинга и общим положениям об аренде, в части, не противоречащей нормам о лизинге.

Права и обязанности сторон в лизинге в настоящее время регулируются ГК и Законом о лизинге.

Права и обязанности лизингодателя связаны с заключением договора купли-продажи, передачей предмета лизинга во владение и пользование лизингополучателя, уплатой лизинговых платежей и т. д. **К обязанностям лизингодателя** п. 2 ст. 11 Закона о лизинге относит: 1) приобретение в собственность у продавца согласованный с лизингополучателем предмет лизинга для передачи его лизингополучателю на условиях договора лизинга; 2) письменное уведомление продавца при заключении договора купли-продажи о том, что предмет лизинга предназначен для передачи его в лизинг определенному лизингополучателю; 3) предоставление предмета лизинга лизингополучателю на условиях, оговоренных договором лизинга.

В соответствии с п. 1 ст. 11 Закона о лизинге **лизингодатель вправе:** 1) требовать причитающиеся ему невыплаченные лизинговые платежи, а также возмещения убытков; 2) осуществлять в соответствии с договором лизинга контроль за выполнением лизингополучателем условий договора лизинга; 3) в случае нарушения лизингополучателем обязательств по возврату предмета лизинга требовать внесения платежей за время просрочки и возмещения убытков; 4) **истребовать** предмет лизинга у лизингополучателя в случаях, предусмотренных настоящим законом.

Лизингодатель может иметь другие права и нести другие обязанности, предусмотренные договором лизинга и законодательными актами Республики Казахстан.

Права и обязанности лизингополучателя определены в ст. 12 Закона о лизинге. Его **основными правами** являются: 1) владеть и пользоваться предметом лизинга на условиях договора лизинга; 2) предъявлять продавцу требования в отношении качества и комплектности предмета лизинга, сроков его поставки и в других случаях ненадлежащего исполнения договора, заключенного между продавцом и лизингодателем; 3) приостановить лизинговые платежи, подлежащие уплате, в случае существенного нарушения лизингодателем условий договора лизинга, до тех пор, пока лизингодатель не исполнит своих обязательств перед лизингополучателем по договору лизинга; 4) востребовать обратно лизинговые

платежи и другие суммы, выплаченные им авансом, при одностороннем прекращении лизингодателем договора лизинга; 5) отказаться от предмета лизинга либо потребовать замены предмета лизинга, расторгнуть договор лизинга в случаях, когда предмет лизинга не поставлен, поставлен с существенной просрочкой или поставлен с неустранимыми недостатками, препятствующими использованию предмета лизинга по назначению, на условиях, предусмотренных договором лизинга; 6) требовать возмещения убытков в случае невыполнения либо ненадлежащего выполнения лизингодателем условий договора лизинга; 7) требовать соответствующего уменьшения суммы лизинга и лизинговых платежей, если в силу обстоятельств, за которые он не отвечает, условия пользования, предусмотренные договором лизинга существенно уменьшились.

В соответствии с п. 2 ст. 12 Закона о лизинге лизингополучатель обязан: 1) принять предмет лизинга в порядке, предусмотренном договором лизинга; 2) своевременно выплачивать лизинговые платежи; 3) пользоваться предметом лизинга в соответствии с его назначением согласно договору лизинга; 4) поддерживать предмет лизинга в состоянии, в котором он ему был передан лизингодателем, с учетом нормального износа и тех изменений в предмете лизинга, которые согласованы сторонами; 5) за свой счет осуществлять содержание (в том числе оплату необходимых коммунальных платежей, связанных с предметом лизинга) и техническое обслуживание предмета лизинга, его текущий ремонт, если иное не предусмотрено договором лизинга или законодательными актами; 6) обеспечить лизингодателю беспрепятственный доступ к предмету лизинга, если иное не предусмотрено договором и законодательством Республики Казахстан.

Наделение лизингополучателя правами и обязанностями "как-бы" покупателя по отношению к продавцу означает только то, что при ненадлежащем исполнении договора продавцом лизингополучатель свои требования непосредственно может направить продавцу, с которым в договорных отношениях не состоит. При этом таким правом лизингополучатель наделен независимо от того, кем был осуществлен выбор продавца и предмета лизинга, лизингодателем или лизингополучателем. Однако право прямого требования по качеству, комплектности, срокам поставки и другим условиям договора купли-право выбора был осуществлен лизингополучателем. Если право выбора было осуществлено лизингодателем, то он вместе с продавцом перед лизингополучателем выступают как солидарные должники (ст. 14 Закона о лизинге). Таким образом, за невыполнение условий договора купли-продажи лизингодатель отвечает перед лизингополучателем только в тех случаях, когда выбор был осуществлен им. В остальных случаях риск невыполнения продавцом условий договора о качестве, комплектности, срокам поставки и другим условиям договора несет лизингополучатель.

Приобретение лизингополучателем в отношении продавца прав "как-бы" покупателя вместе с тем не означает, что он может самостоятельно в случае невыполнения обязанности со стороны продавца реализовать все права покупателя. Например, лизингополучателю не принадлежит право самостоятельного расторжения договора. Растор-

жение договора купли-продажи может быть осуществлено только по согласованию с лизингодателем. Не несет он также перед продавцом обязанности по уплате стоимости предмета лизинга. Такую обязанность несет лизингодатель. И в этом состоит основное значение лизинга для лизингополучателя: приобрести необходимое имущество за счет лизингодателя с выплатой ему периодических платежей, компенсирующих затраты лизингодателя на приобретение имущества.

Стороны договора лизинга вправе передать свои права по договору лизинга третьим лицам. В соответствии со ст. 18 Закона о лизинге передача прав может быть осуществлена только по обоюдному согласию сторон. Передача прав лизингодателя означает либо отчуждение имущества, либо уступку права требования.

Глава 39. Договор найма жилища

§ 1. Общая характеристика

В главе 24 тома I настоящего Учебника были показаны различные, преимущественно внедоговорные, правовые основания пользования жилищем. Здесь же целесообразно рассмотреть договорные основания и содержание **договора найма жилища**.

В течение многих десятилетий договор найма государственного жилища служил самой важной и самой распространенной формой удовлетворения жилищных потребностей основной массы населения Советского Союза. Более того, государство публично приняло на себя юридическую обязанность обеспечить государственным благоустроенным жильем всех граждан страны и их семьи, нуждающиеся в улучшении жилищных условий, независимо от их имущественного и социального положения. Хотя это обязательство так и не было выполнено полностью в установленные сроки, значительная часть населения страны такие жилища получила, а все заботы по его эксплуатации и содержанию приняло на себя государство, получая от граждан-нанимателей государственного жилья ничтожную квартирную плату и оплату за коммунальные услуги.

Наниматель государственного жилья превратился в основную фигуру жилищных отношений. Иные формы - приобретение собственного или кооперативного жилища, наем жилья в частном доме - встречались значительно реже.

Распад СССР, переход от плановой экономики к условиям рыночных отношений резко изменили ситуацию с правовыми формами удовлетворения жилищных потребностей граждан.

Была проведена почти полная приватизация государственного жилищного фонда, которая превратила большинство нанимателей государственных жилищ в их собственников. Собственниками стали и члены бывших жилищных и жилищно-строительных кооперативов. Государство освободило себя от обязанностей обеспечивать всех нуждающихся в жилье граждан.

Статья 25 Конституции РК говорит лишь о создании условий для обеспечения жильем, государство обязывается предоставлять жилье из государственных жилищных фондов за доступную

плату не всем, а только указанным в законе категориям граждан.

Сегодня поэтому **собственник жилища является основной фигурой жилищных отношений**, и юридический режим таких жилищ определяется в основном законодательством о праве собственности. **Но » в современных условиях договор найма жилища сохраняет** существенное значение, поскольку все еще затрагивает интересы

миллионов граждан.

Договор найма жилища является разновидностью общего договора имущественного найма (договора аренды). Он регулируется в основном главой 30 (ст. ст. 601-603) Особенной части ГК и Законом о жилищных отношениях. Статья 601 ГК определяет этот договор следующим образом:

"По договору найма жилища собственник жилища или уполномоченное им лицо (наймодатель) обязуется предоставить гражданину (нанимателю) и членам его семьи жилище в пользование

³³ ^определения можно выявить особенности, которые отличают данный договор от других договоров имущественного найма (арен-

Во-первых, одной из сторон договора (нанимателем) может быть только физическое лицо (гражданин). Юридическое лицо может быть нанимателем по договору имущественного, но не жилищного найма.

Во-вторых, предметом договора может быть только жилище (то есть жилой дом или квартира), предназначенное или используемое для постоянного проживания (ст. 2 Закона о жилищных отношениях). Помещение, используемое для иной основной цели (производственной, торговой, выставочной и т. п.) может быть предметом имущественного но не жилищного найма. Использование для временного проживания специальных помещений, если это связано с пребыванием пользователя в данном населенном пункте для работы, учебы, туризма, лечения или иных аналогичных занятий (общежития, гостиницы, мотели, санатории, туристические базы и т. п.), регулируется специальными нормами, не входящими в состав жилищного законодательства, и потому договоры на оказание соответствующих услуг также не относятся к договорам найма жилого помещения.

Закон различает понятия "жилище" и "жилое помещение" (ст. 2 Закона о жилищных отношениях). Они соотносятся между собой как понятия родовое и видовое. Жилище - это отдельная жилая единица (индивидуальный жилой дом или квартира), предназначенная или используемая для постоянного проживания. Это - род. А в его состав входит видовое понятие - жилое помещение (квартира), которое может быть частью многоквартирного дома. Без специального выделения эти термины здесь используются как синонимы. Поэтому в последующем наряду с термином "договор найма жилища" мы будем пользоваться также термином "договор найма жилого помещения". В литературе и на практике встречается также однозначный термин - "договор жилищного найма".

161

В-третьих, постоянно проживающие вместе с нанимателем **члены его семьи также наделяются**

правами и обязанностями нанимателя жилого помещения.

При отсутствии названных отличительных признаков на аренду помещения не может распространяться действие правовых норм, устанавливающих особенности договора найма жилого помещения; утрата хотя бы одного из указанных признаков уже действующим договором найма жилого помещения преобразует его в обычный договор имущественного найма.

В общее понятие договора найма жилища законодательство включает наем помещения: а) из государственного жилищного фонда; б) из частного жилищного фонда (ст. 3 Закона о жилищных отношениях). Поскольку эти договоры заметно различаются по своему правовому содержанию, они будут рассматриваться отдельно. Основное различие проявляется в том, что условия предоставления жилища, права и обязанности сторон договора найма жилища, основания изменения и расторжения договора найма жилища в домах **государственного** жилищного фонда устанавливаются жилищным законодательством (п. 2 ст. 602 ГК), а условия найма жилища в домах **частного** жилищного фонда определяются в основном соглашением сторон (ст. 603 ГК).

§ 2. Договор найма жилища в домах государственного жилищного фонда

Статья 602 ГК устанавливает, что **государственное жилище** предоставляется на основании решения местного исполнительного органа. Закон не предусматривает выдачу лицу, которому предоставляется государственное жилище, специального документа, каковым в прошлом был жилищный ордер.

Порядок предоставления устанавливается прежде всего разделом IV Закона о жилищных отношениях. Статья 67 Закона предусматривает, что жилища из государственного фонда предоставляются нуждающимся в жилье гражданам, постоянно проживающим в данном населенном пункте и **относящимся к социально защищаемым слоям населения.**

Это - **первая категория** претендентов на госжилье, обладающая следующими необходимыми признаками:

а) нуждаемость в жилище (не имеющие жилища либо живущие в неудовлетворительных жилищных условиях - ст. 69 Закона о жилищных отношениях);

б) постоянное проживание в данном населенном пункте;

в) отнесение этих лиц к малоимущим гражданам (совокупный доход каждого члена семьи, которой предоставляется жилое помещение, за последний год был ниже прожиточного минимума, установленного законодательством⁴⁷);

г) отнесение этих лиц к социально защищаемым слоям населения, исчерпывающий перечень которых определен ст. 69 Закона о жилищных отношениях (инвалиды и участники Великой отечественной войны, инвалиды первой и второй групп, пенсионеры по возрасту, лица,

⁴⁷ См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий. Алматы, 2000. С. 201.

страдающие тяжелыми формами некоторых заболеваний, репатрианты, многодетные семьи и некоторые другие).

Для получения государственного жилища лица, относящиеся к первой категории, должны одновременно обладать всеми перечисленными признаками. Будем называть их социально защищаемыми гражданами.

Вторая категория - это лица, наиболее тесно связанные с государством своим служебным положением. Они названы п. 2 ст. 67 Закона о жилищных отношениях: а) **государственные служащие** (Закон о государственной службе от 23 июля 1999 г.); б) **работники бюджетных организаций** (государственные учреждения образования, здравоохранения, культуры и т. п.); в) **военнослужащие** (кроме военнослужащих срочной службы), в том числе проходящие военную службу по контракту (подпункт 15 п. 1 ст. 11 Закона о военной службе по контракту от 20 марта 2001 г.); г) **лица, занимающие государственные выборные должности**. Будем называть лиц, относящихся к этой категории, связанными с государством служебными обязанностями.

Обязательным условием предоставления государственных жилищ этим лицам служит их жилищная нуждаемость.

Третья категория - работники государственных предприятий (ст. 100 Закона о жилищных отношениях). Порядок предоставления таких помещений и пользования ими устанавливается Правительством Республики Казахстан. Это прежде всего - Инструкция от 2 сентября 1999 г. и Типовой договор найма жилища. Указанные акты в основном приравнивают положение нанимателей жилищ государственных предприятий к правовому положению других нанимателей государственных квартир.

Статья 100 Закона о жилищных отношениях допускает предоставление жилищ из жилищного фонда государственных предприятий кроме работников предприятий также другим лицам. При оценке правового положения этой категории граждан следует учитывать резкое сокращение жилищного фонда государственных предприятий в связи с приватизацией как самих государственных предприятий, так и принадлежавших им ранее квартир.

Четвертая категория - лица, которые по характеру их трудовых отношений должны проживать по месту работы, и поэтому получили из государственного жилищного фонда **служебные** жилища (ст. 107 Закона о жилищных отношениях).

И, наконец, **пятая категория**, включающая лиц, которые вселились в жилищные помещения государственного жилищного фонда вне связи с работой (службой) или тяжелым материальным положением.

Такая категория пользователей государственными жилищами **в обобщенной форме прямо не предусмотрена Законом** о жилищных отношениях. **Тем не менее она реально существует** и поэтому нуждается в определении правового положения принадлежащих к ней граждан.

В эту категорию, во-первых, входят лица, получившие государственные квартиры еще при действии старого законодательства и до сих пор эти квартиры не приватизировавшие. Таких граждан немного, но они есть, поскольку приватизация проводилась добровольно, и не все наниматели государственных жилищ приобрели их в собственность, так как собственник получает не только права, но и обязанности содержать принадлежащее ему жилище. Во-вторых, государственные квартиры независимо от места работы и материального положения могут получать граждане, нуждающиеся в улучшении жилищных условий и вставшие в связи с этим на жилищный учет еще до того, как была радикально изменена жилищная политика (ст. ст. 117, 118 Закона о жилищных отношениях).

Вплотную к таким нанимателям примыкают по своему правовому положению лица, которым квартира была предоставлена в связи с работой и на время работы (п. 2 ст. 67, п. п. 5 и 6 ст. 101 Закона о жилищных отношениях), но у которых впоследствии эта связь была прекращена по уважительным причинам. За проживающими в квартире лицами сохраняется право на нее (п. п. 5, 6, 8 ст. 101). Аналогично правовое положение лиц, не подлежащих выселению без предоставления другого жилья из служебного жилого помещения (ст. 111 Закона о жилищных отношениях).

Возможно получение государственного жилища и в силу договорных обязательств (ст. ст. 115, 116, 119 Закона о жилищных отношениях).

Таким образом, и по действующему законодательству рассматриваемая категория нанимателей может пополняться новыми лицами.

Общее понятие договора найма жилища из государственного жилищного фонда применимо ко всем рассмотренным выше категориям нанимателей. Все договоры предусматривают предоставление жилища для постоянного проживания, то есть являются бессрочными. Они прекращаются или расторгаются лишь при наступлении обстоятельства (условия), предусмотренного законом. Договор найма жилища из государственного жилищного фонда (Приложение № 4 к Инструкции от 2 сентября 1999

г.) предусматривает возможность определения срока договора, но устанавливает (п. 15), что при отсутствии письменного уведомления наймодателя о расторжении договора за один месяц до окончания срока его действия договор считается продленным на следующий срок. К тому же в законодательстве нигде не сказано, что истечение срока договора найма государственного жилища может послужить основанием выселения даже с предоставлением другого жилища.

Некоторые особенности договора, применимые к отдельным категориям нанимателей, будут рассмотрены ниже. Общие же правила заключаются в следующем.

Наймодателем в рассматриваемом договоре выступает собственник жилища (то есть государство) либо уполномоченное им лицо. Наниматель - гражданин, в отношении которого компетентный орган (местный исполнительный орган, администрация государственного предприятия) вынес решение о предоставлении жилища. К нанимателю приравниваются члены семьи (ст. 21 Закона о жилищных отношениях), поскольку ст. 601 ГК устанавливает, что жилище предоставляется не только нанимателю, но и членам его семьи. Гражданин (вместе с супругом и несовершеннолетними детьми) вправе иметь в данном населенном пункте только одно жилище из государственного жилищного фонда, кроме случаев, когда каждый из супругов имел такое жилище до вступления в брак (ст. 70 Закона о жилищных отношениях).

Согласно ст. 601 ГК основная обязанность наймодателя заключается в предоставлении жилого помещения. Договор поэтому является не реальным а консенсуальным, следовательно, наниматель, заключивший договор, приобретает право требовать передачи жилого помещения, если передача по каким-либо основаниям задерживается.

Как уже отмечалось, договор на предоставление жилища для всех выше названных категорий граждан заключается только с лицами, нуждающимися в жилье. Лица, относящиеся к первой и второй категориям, указанным выше, могут быть в местном исполнительном ор-

гане поставлены на учет (ст. 71 Закона о жилищных отношениях). Пункт 7 Инструкции от 2 сентября 1999 г. предусматривает также учет по месту работы на государственном предприятии. В постановке на учет может быть отказано лицам, которые в течение последних пяти лет стали нуждающимися в улучшении жилищных условий вследствие собственных действий, в частности - отчуждения принадлежащего претенденту жилого помещения, в каком бы населенном пункте Республики оно не находилось; обмена жилого помещения; разрушения или порчи жилища таким лицом; вселения других лиц, кроме супруга, несовершеннолетних или нетрудоспособных детей или нетрудоспособных родителей (ст. 72 Закона о жилищных отношениях).

Статья 73 Закона перечисляет случаи, когда гражданин может быть досрочно, до получения квартиры снят с учета: отпали основания для предоставления жилища из государственного жилищного фонда; выезд для постоянного проживания в другом месте (на учете могут остаться не выезжающие члены семьи); получение земельного участка для постройки собственного жилища; установление неправомерности постановки на жилищный учет.

Учет ведется отдельно для каждой категории нуждающихся. Стоящие на учете граждане могут получать квартиры в порядке очередности по соответствующему списку.

Закон определяет перечень требований, которые должны соблюдаться при предоставлении жилища. Прежде всего - **его размеры**.

Гражданам, относящимся к первой категории (социально защищаемые лица) жилище предоставляется в размере, определенном Правительством РК, **но не менее санитарной нормы** жилой площади (она составляет в настоящее время **6 кв. м жилой площади на человека**); не менее одной отдельной жилой комнаты (п. 5 Инструкции от 2 сентября 1999 г.).

Для лиц второй категории (лица, связанные с государством служебными обязанностями) норма предоставления составляет не менее 15 и не более 18 квадратных метров полезной площади на человека, но не менее однокомнатной квартиры (п. п. 1 и 2 ст. 75 Закона о жилищных отношениях).

При определении состава семьи учитывается будущий ребенок, беременность матери которого уже достигла двадцати недель (п. 5 ст. 75 Закона о жилищных отношениях).

Помимо минимальных размеров, Закон о жилищных отношениях предъявляет к предоставляемому жилищу и другие требования: оно **должно быть благоустроенным** применительно к условиям данного населенного пункта. При нарушении этого условия с согласия вселяющихся они снимаются с жилищного учета (п. 1 ст. 76 Закона о **182** жилищных отношениях); **не допускается заселение одной комнаты**

лицами разного пола старше семи лет (кроме супругов) без их согласия (п. 2 ст. 76 Закона о жилищных отношениях). Из текста данного пункта можно сделать вывод, что запрет действует, когда каждый **из** лиц разного пола достиг семилетнего возраста, и что при наличии взаимного согласия на вселение лиц разного пола в одну комнату они при получении жилища снимаются с учета.

Лицам, страдающим тяжелыми формами некоторых хронических заболеваний должна предоставляться дополнительная отдельная комната сверх указанных выше норм (п. 4 ст. 75 Закона о жилищных отношениях). Возраст и состояние здоровья должны учитываться также при выборе этажа, на котором находится предоставляемая квартира, и в некоторых других случаях (п. 3 ст. 76 Закона о жилищных отношениях).

Вопрос о предоставлении жилья может возникнуть также в случаях, когда в одной квартире, занимаемой несколькими малоимущими социально защищаемыми лицами, освобождается жилое помещение. Приоритет на его получение предоставляется другим проживающим в квартире лицам, нуждающимся в улучшении жилищных условий, независимо от их очередности в учетных списках (ст. 79 Закона о жилищных отношениях).

Договор найма жилого помещения заключается в **письменной форме** на основании решения местного исполнительного органа либо администрации государственного предприятия, принимаемых по рекомендации специально созданных для этого жилищных комиссий (пункты 8, 9 Инструкции от 2 сентября 1999 г.). Нарушение требования о письменной форме не влечет недействительности договора, **который** к тому же не подлежит государственной регистрации (ст. 80 Закона о жилищных отношениях).

Предметом договора найма государственного жилища может быть **только отдельное помещение**. Таким предметом, следовательно, не **может** быть ни часть комнаты, ни одна из смежных комнат. Уже говорилось, что по данному договору все права и обязанности нанимателя приобретают члены его семьи, указанные ст. 21 Закона о жилищных отношениях. При последующем выбытии кого-либо из **состава** семьи за выбывшим сохраняются его жилищные права и обязанности (ст. 83 Закона о жилищных отношениях).

Договор найма может быть признан недействительным в том случае, когда он заключен незаконно либо с нарушением прав других лиц на предоставленное жилище (ст. 82 Закона о жилищных отношениях). Но требование о признании договора недействительным может быть заявлено только в течение трех лет со дня его заключения.

Права нанимателя по договору найма жилища из государственного жилищного фонда могут быть сведены к следующему. Наниматель вправе использовать полученное жилище по назначению, которое включает не только проживание, но также удовлетворение всех бытовых услуг, профессиональные занятия, устройство рабочего кабинета развлечения и тому подобные формы использования жилища, уже привычно включаемые в понятие "проживание". Все это делается по усмотрению нанимателя с семьей и в установленном ими порядке. Требуется лишь, чтобы подобное поведение: а) не нарушало прямых запретов нормативных правовых актов и норм эксплуатации жилищ; б) не приводило к порче или разрушению жилища; в) не причиняло неудобств окружающим, прежде всего - соседям, не ухудшало условий их проживания и вообще не нарушало общепринятые нормы общежития.

Наниматель имеет право требовать от наймодателя обеспечения предоставления коммунальных услуг,

устранения всех препятствий к нормальному использованию жилища по его назначению, возникших вследствие действий наймодателя, третьих лиц и других обстоятельств, не связанных с поведением нанимателя и членов его семьи. Наймодатель обязан, следовательно, наниматель вправе требовать производства необходимого капитального или текущего ремонта, исправления повреждений, причиненных жилищу стихийными явлениями, чрезвычайным неправомерным поведением третьих лиц и т. п. При этих условиях наниматель может своими силами и средствами восстановить возможность пользоваться жилищем, но за счет наймодателя (п. 21 Инструкции от 2 сентября 1999 г.; п. 5 Типового договора найма жилища). На время производства капитального ремонта нанимателю с семьей при необходимости должно быть предоставлено другое помещение для проживания (п. 1 ст. 91 Закона о жилищных отношениях).

Наниматель вправе вселять в жилище других лиц для постоянного или временного проживания. Прежде всего, речь идет о вселении супруга, детей, родителей с намерением принять их в состав семьи. Для этого необходимо получить письменное согласие уже живущих в помещении совершеннолетних членов семьи. Вновь вселенные приобретают такие же права и обязанности пользования жилищем, как и уже проживающие в нем другие члены семьи, если при вселении с ними не заключалось иного соглашения по данному вопросу. На вселение несовершеннолетних членов семьи ничьего согласия не требуется.

Наниматель вправе с согласия, разумеется, других совершеннолетних членов семьи сдавать все жилище или его часть в поднаем 184 (п. 3 ст. 84 Закона о жилищных отношениях). Условия проживания поднанимателей определяются договором поднайма, где может быть установлен срок договора поднайма, размер и порядок оплаты за пользование помещением, сдаваемым в поднаем. Согласия наймодателя на вселение поднанимателя не требуется, и вообще поднаниматель не вступает в непосредственные договорные отношения с наймодателем. При поднаеме ответственным перед наймодателем за использование, содержание, сохранность и оплату помещения остается наниматель.

Договор поднайма прекращается при истечении его срока либо наступлении иного указанного в договоре обстоятельства. При отсутствии в договоре такого условия наниматель может расторгнуть договор в любое время, предупредив об этом поднанимателя не менее, чем за месяц вперед. Досрочное по требованию нанимателя прекращение договора возможно также при его нарушении поднанимателем. Поднаниматель вправе расторгнуть договор во всякое время, без предварительного предупреждения и без выплаты какой-либо компенсации, если сторонами не предусмотрено иное.

Наниматель вправе вселять в свое жилище гостей и других лиц, предоставляя им право временного безвозмездного проживания. Он же (наниматель) предусматривает условия такого проживания, он же вправе во всякое время требовать их выселения с предупреждением за 7 дней.

В случае прекращения по любой причине договора найма жилого помещения одновременно прекращается право проживания и поднанимателей, и временно проживающих лиц. Выселение и

поднаимателей, и временных жильцов производится без предоставления другого жилого помещения (ст. ст. 26, 27 Закона о жилищных отношениях).

За нанимателем государственного жилого помещения сохраняются его жилищные права в случае временного отсутствия. В пределах шести месяцев отсутствия права сохраняются безусловно. При отсутствии по уважительной причине более шести месяцев такой срок продлевается (ст. 85 Закон о жилищных отношениях). Закон о жилищных отношениях (ст. 86) прямо содержит перечень обстоятельств, при которых право на жилище сохраняется за нанимателем жилого помещения или членом его семьи на весь период отсутствия независимо от его продолжительности. Это - прохождение срочной военной службы в вооруженных силах Республики Казахстан или созданных с участием Республики Казахстан; выезд на работу по срочному трудовому договору (контракту) или в связи с избранием на выборную должность; законный выезд за границу; выезд на учебу; помещение несовершеннолетних детей на воспитание в детское учреждение, к родственникам или опекуну (попечителю) - до достижения детьми совершеннолетия; выезд для выполнения обязанностей опекуна (попечителя); выезд на лечение; нахождение под стражей или отбывание наказания, исключающего проживание в данной местности. Жилище сохраняется все время, пока длится одно из названных обстоятельств и еще шесть месяцев после этого.

У лиц, осужденных за совершение преступления, право на жилище может быть прекращено по приговору суда. На практике это возможно, если совершенное преступление было существенно связано с нарушением прав и законных интересов тех, кто проживал или имел право на проживание вместе с осужденным.

Во всех случаях прекращение права на жилище должно быть подтверждено судом, без чего возвращение отсутствующего нанимателя или члена его семьи, даже если отсутствие длилось сверх сроков, предусмотренных ст. ст. 85, 86 Закона о жилищных отношениях, восстанавливает право на жилище (ст. 87 Закона о жилищных отношениях).

Оставшиеся проживать в жилом помещении отсутствующего нанимателя (члена его семьи) вправе пользоваться жильем на прежних условиях. Жилая площадь отсутствующего не считается излишней, и за ним на период отсутствия сохраняются все его договорные обязанности (ст. 88, 89 Закона о жилищных отношениях).

Возможны случаи, когда при отсутствии нанимателя в жилище не остаются лица, имеющие право проживания. Наниматель вправе на время отсутствия вселить в помещение поднаимателей либо временных жильцов, сохраняя, конечно, свои обязанности перед наймодателем. Но если помещение остается пустующим, то наймодатель с согласия нанимателя вправе предоставить помещение по договору поднайма другим лицам, возложив на них одновременно обязанности содержания и оплаты жилища. Здесь возникают непосредственные правоотношения между поднаимателем и наймодателем. Права (и обязанности) поднаимателя прекращаются немедленно после возвращения в жилище нанимателя либо членов его семьи (ст. 90).

Наниматель согласно ст. 96 Закона о жилищных отношениях имеет право на обмен жилого помещения. Но в отличие от права на обмен жилого помещения, которое было предусмотрено ранее действовавшим законодательством, нынешнее право на обмен жи-

лица может осуществляться в весьма узких границах. Прежде наниматель пользовался свободой обмена и, как общее правило, мог его совершать без разрешения наймодателя. Возможные препятствия к обмену непосредственно устанавливались законодательными актами. Действующее законодательство, как правило, допускает обмен лишь с согласия наймодателя и в пределах соблюдения границ данной категории нанимателей.

Договор найма государственного жилого помещения, как и всякий жилищно-правовой договор, может быть изменен по взаимному согласию сторон, если при этом не нарушаются императивные требования законодательства. Но помимо этого Закон о жилищных отношениях допускает некоторые изменения договора найма государственного жилища по одностороннему требованию нанимателя (согласованному с совершеннолетними членами семьи). Эти изменения связаны обычно с изменениями в семейных отношениях. Так, граждане пользующиеся помещениями в одной квартире по отдельным договорам найма вправе при вступлении в брак заменить отдельные договоры одним договором на все занимаемые ими помещения. Они же решают, кто будет основным нанимателем по такому договору. Другой продолжает проживание на правах члена семьи нанимателя (ст. 93 Закона о жилищных отношениях).

Изменение договора может заключаться в замене одного нанимателя другим из членов семьи, проживающих в данном жилище; но и замененный наниматель сохраняет при этом право проживания в квартире. Замена с согласия членов семьи происходит и в случае смерти нанимателя. Перемена нанимателя требует переоформления договора найма жилища (ст. 95 Закона о жилищных отношениях).

Еще один случай предусмотрен ст. 94 Закона о жилищных отношениях. Но он отражает не столько изменения отношений между нанимателем с семьей и наймодателем, сколько изменения внутренних отношений в семье нанимателя. При распаде семьи, но продолжении проживания бывших членов этой семьи в одном жилище, они могут во взаимном договоре закрепить порядок пользования общим жилищем, сохраняя единый договор найма жилого помещения. При недостижении согласия по этому вопросу между бывшими членами одной семьи порядок пользования с учетом сложившихся условий определяется судом.

К правам нанимателя можно отнести также предоставленную ему законом возможность в любое время с согласия совершеннолетних членов семьи расторгнуть договор найма жилого помещения. При этом не требуется ни предварительного предупреждения, ни уважительности причин, ни выплаты каких-либо денежных компенсаций (ст. 102 Закона о жилищных отношениях).

Таковы основные права нанимателя. Что же касается его обязанностей, то они, как это вытекает из определения договора найма жилого помещения, сводятся в основном к содержанию жилища и его оплате. В этом отношении они мало отличаются от обычных обязанностей нанимателя в общем понятии договора имущественного найма (аренды).

Наниматель, прежде всего, обязан содержать жилище в таком состоянии, в каком он получил его от наймодателя, с учетом, конечно,

нормального износа. Нанимателю поэтому следует устранять текущие мелкие повреждения, не затрагивающие существенных условий пользования жилищем и его оборудованием. Повреждения же, вызванные действиями самого нанимателя, членов его семьи либо других лиц, пользовавшихся жилищем с согласия нанимателя, должны исправляться последним за его счет независимо от их характера. В связи с этим нормативные акты обязывают нанимателя допускать в помещение лиц, уполномоченных на проверку состояния квартиры или на устранение повреждений, доступ к которым возможен только из этой квартиры (например, п. п. 4 и 7 Типового договора найма жилища).

Самым важным является своевременная оплата нанимателем помещения. По этому поводу Закон о жилищных отношениях (ст. 97) предусматривает, что размер платы за пользование жилищем в домах государственного жилищного фонда устанавливается местными исполнительными органами (в домах коммунального жилищного фонда) или администрацией государственных предприятий (в домах, принадлежащих этим предприятиям). Коммунальные услуги оплачиваются отдельно тем органам, какие предоставляют услуги. Закон о жилищных отношениях предусматривает также выплату жилищных пособий малоимущим социально защищаемым гражданам, у которых расходы на содержание жилища и коммунальные услуги составляют более 30 процентов к совокупному доходу семьи.

В случае проживания в одном жилище нескольких лиц, не составляющих одну семью, они делят жилищно-коммунальные платежи по взаимному соглашению, а при недостижении такового - по решению суда. Все это предусмотрено ст. 97 Закона о жилищных отношениях.

Наниматель обязан вносить плату за жилище, потребление коммунальных и других услуг не позднее 5 числа следующего за платежным месяца. При этом наниматель вправе требовать перерасчета платежей за обслуживание, ремонт дома и жилищно-коммунальные услуги при невыполнении наймодателем своих обязанностей по обслуживанию или обнаружении завышения тарифов (п. п. 4, 6 Договора к Инструкции от 2 сентября 1999 г.).

§ 3. Особенности правового режима проживания нанимателей государственного жилья, относящихся к разным категориям

Таково общее содержание договора найма жилища из государственного жилищного фонда.

Вместе с этим Закон о жилищных отношениях предусматривает особенности договорного положения лиц, относящихся к указанным выше разным категориям нанимателей. Так, объем правомочий лиц, относящихся к первой категории (социально защищаемые гражда-

не), включает вполне независимое право владения и пользования жилым помещением. Размер оплаты жилья определяется нормативными правовыми актами, но не индивидуальным договором. Право является бессрочным, не зависит от места работы либо причин увольнения нанимателя с работы и принудительно может быть прекращено лишь по основанию, предусмотренному законом. Выселение при этом производится, как правило, с предоставлением другого жилого помещения.

Предусмотрено право нанимателя на обеспечение жильем при необходимости освободить занимаемое жилое помещение в связи с капитальным ремонтом, право на замену нанимателя другим лицом из состава его семьи, право требовать изменения договора в связи с внутрисемейными изменениями.

Закон о жилищных отношениях не запрещает приватизировать жилища, предоставляемые малоимущим социально защищаемым гражданам, но с согласия собственника (ст. 98). Не предусматривается выселение нанимателя и его семьи из занимаемого жилого помещения в случае, когда они утрачивают признаки, необходимые для принадлежности к данной социальной группе.

Это означает, что, если в семье не осталось никого, кто относился бы к категории социально защищаемых граждан, и (или) имущественная обеспеченность семьи превысила установленный уровень, семья сохраняет право на проживание и все другие права, какие имеют наниматели данных помещений.

Лишь в случае приобретения другого жилища на территории Республики Казахстан наниматель может быть выселен из того жилого помещения, какое было ему предоставлено как малоимущему социально защищаемому лицу.

Ко второй категории мы выше относили лиц, связанных с государством своими служебными обязанностями. Это - граждане, получившие жилище в связи с тем, что они являются государственными служащими, работниками бюджетных организаций, военнослужащими или лицами, занимающими выборные государственные должности. Предоставляемые им жилища Закон о жилищных отношениях называет приравненными к служебным (п. 2 ст. 67), поскольку увольнение с работы в виде общего правила может привести к выселению из жилого помещения.

При некоторых особенностях, определенных ст. 91 Закона о жилищных отношениях, в условиях проживания той или иной из названных групп они характеризуются общими чертами, которые сводятся в основном к праву непосредственного владения и пользования жилым помещением, возможностью защиты от любых правонарушающих действий третьих лиц и даже собственника жилища. Так, наниматель помещения может владеть и пользоваться квартирой, вселять туда для постоянного и временного проживания других лиц (членов семьи, поднанимателей, временных жильцов), определять условия их проживания, вправе при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 101 Закона о жилищных отношениях, приватизировать квартиру (военнослужащие при наличии условий, предусмотренных ст. 101, имеют право на бесплатную приватизацию), обменивать ее на квартиру из этой же категории жилищного фонда. При определенных обстоятельствах утрачивается зависимость права на

жилое помещение от сохранения трудовых (служебных) отношений.

Правовое положение **граждан, относящихся к третьей категории** (работники государственных предприятий) **во многом является сходным с положением** лиц получивших государственную квартиру в связи со своими **служебными** обязанностями. Но никакой законодательный акт не предусматривает выселения их (работников предприятий) при прекращении трудовых отношений. Такое основание может возникнуть лишь тогда, когда оно включено в индивидуальные условия трудового договора и соответственно - договора найма жилья.

Четвертая категория охватывает нанимателей, проживающих **в государственных служебных жилых помещениях**, которыми признаются квартиры, предоставляемые работникам организаций (предприятий, учреждений), обязанным по характеру служебных функций проживать по месту работы. Такое проживание не столько право работника, сколько его должностная служебная обязанность.

Правовой режим государственных служебных жилых помещений отличается следующими особенностями:

а) квартиры предоставляются только работникам государственных предприятий и учреждений, которые по характеру должностных (служебных) обязанностей должны проживать по месту своей работы;

б) обладая в полной мере возможностью владеть и пользоваться служебным жилым помещением, наниматель практически лишен правомочий распоряжения;

в) ограничена возможность приватизации служебных жилых помещений. Учитывая строго целевое назначение служебного жилища, можно прийти к выводу, что квартира до ее приватизации должна быть выведена из категории служебных жилых помещений. Такова же и судебная практика;

г) к таким помещениям не применимы нормы о возможности нанимателя передать свои правомочия другому лицу, даже члену семьи.

Наиболее важная особенность правового статуса данного нанимателя - связь права на жилое помещение не просто с работой в данной организации, а с определенным кругом служебных обязанностей. Статья 111 Закона о жилищных отношениях весьма категорично ус- 190 / танавливает: "Работники, прекратившие трудовые отношения, в связи с которыми им предоставлялось служебное жилище, ... подлежат выселению со всеми проживающими с ними лицами без предоставления другого жилого помещения". Перевод гражданина, продолжающего работать в организации, на другую должность, не требующую проживания по месту работы, служит основанием для выселения из служебной квартиры, которую займет работник, назначенный на освобожденную должность. Предусмотренные этой же статьей немногочисленные исключения лишь подчеркивают значение общего правила.

Пункт 2 статьи 111 Закона о жилищных отношениях гласит, что требование о выселении нанимателя служебного жилого помещения может быть предъявлено в течение трех лет со дня прекращения трудовых отношений. Это означает, что после окончания срока связь между жилищными и трудовыми отношениями завершается, и правовой статус нанимателя СЖП преобразуется в статус нанимателя обычной государственной квартиры. Таковы же последствия увольнения с работы в тех исключительных случаях, когда это по прямому указанию закона (ст. 111, отсылающая к п. 5 ст. 101

Закона о жилищных отношениях) не влечет выселения.

И, наконец, пятая категория. Особенности правового положения относящихся к ней нанимателей специально Законом о жилищных отношениях не выделены. Следует, видимо, исходить из того, что на них распространяются все общие правила, определяющие содержание договора найма жилища из государственного жилищного фонда, которые были выше рассмотрены. Поэтому лица, относящиеся к этой категории, обладают всеми установленными Законом общими правами нанимателей государственных квартир, в том числе - правами распоряжения, включая обмен жилыми помещениями, приватизацию жилищ. Но они обладают в полном объеме еще одним важным правом, которого нет или которое весьма ограничено у нанимателей других категорий (кроме социально защищаемых граждан), - это независимость жилищных прав от работы.

Значит, права нанимателей пятой категории являются бессрочными и безусловными.

§ 4. Расторжение договора найма жилого помещения из государственного жилищного фонда

О возможности расторжения договора по желанию нанимателя уже говорилось. Возможно, разумеется, расторжение договора и по взаимному желанию сторон.

Но первостепенное значение для нанимателя и всех лиц, проживающих вместе с ним, имеет возможность принудительного **расторжения договора найма государственного жилища по одностороннему требованию наймодателя.** Такое расторжение возможно с соблюдением одновременно трех требований: а) по основаниям, прямо предусмотренным Законом о жилищных отношениях; б) по решению суда; в) с последствиями, прямо предусмотренными названным Законом о жилищных отношениях.

Выселение может производиться: а) без предоставления другого жилища; б) с предоставлением другого **благоустроенного жилища**; в) с предоставлением другого **пригодного для проживания жилого** помещения.

Выселение без предоставления другого жилища допускается по основаниям, установленным ст. 107 Закона о жилищных отношениях. Большинство таких оснований предусматривалось и ранее действовавшим законодательством.

Это, во-первых, систематическое разрушение или порча жилого помещения. Если известно лицо, виновное в разрушении или порче, суд может ограничиться выселением только этого лица.

Во-вторых, использование жилища с нарушением требований законодательства, прежде всего - требований ст. 4 Закона о жилищных отношениях, из текста которой вытекает недопустимость для нанимателя использования жилища по нежилому назначению (такое использование при соблюдении ряда условий разрешено только собственнику). Сюда же можно отнести переоборудование и перепланировку жилых помещений без согласия собственника и без соблюдения некоторых других требований (надлежащий проект и т. д.).

В-третьих, нарушение правил общежития, ведущее к невозможности для других лиц проживания с нанимателем или его семьей в одном доме. Оценка нарушений в соответствии с юридическими и эти-

ческими нормами может производиться судом при рассмотрении исковых требований о выселении.

В-четвертых, уклонение от оплаты за пользование жилищем без уважительных причин в течение шести месяцев подряд. И здесь уважительность причин оценивается судом. Уклонение от оплаты за пользование помещением даже при отсутствии оснований для применения такой суровой меры, как выселение без предоставления другого жилища, не лишает, конечно, наймодателя права взыскивать с нанимателя задолженность в обычном порядке принудительного погашения денежных обязательств.

В-пятых, выселение из жилища лиц, лишенных родительских прав, если их совместное проживание с детьми, в отношении которых они лишены таких прав, признается невозможным.

Следующие два **основания**, предусмотренные подпунктами 6) и 7) ст 107 Закона о жилищных отношениях, имеют в виду выселение не **как** следствие расторжения договора найма государственного жилого помещения, а **как следствие незаконного вселения** - самовольный захват квартиры, либо недействительность самого договора, **по** которому предоставлялось жилище. Различие здесь заключается в **том** что при расторжении договора наниматель признается законно проживавшим до момента расторжения. Во втором случае незаконность проживания признается изначальной, и лицо, подлежащее выселению, вообще не должно считаться нанимателем. Но сама процедура выселения таких лиц, незаконно вселившихся в жилище, **аналогична** процедуре выселения нанимателей, законно получивших права проживания, но затем утративших их вследствие расторжения договора.

Наконец, среди общих оснований расторжения договора найма и выселения без предоставления другого жилища ст. 107 указывает приобретение нанимателем собственного жилища, независимо от его места нахождения. Разумеется, в случаях, когда жилище на праве собственности приобретает для себя кто-либо из членов семьи нанимателя, либо, напротив, наниматель приобретает собственное жилище для вселения туда не всех членов семьи, проживающих вместе с ним в государственной квартире, то те, кто не переезжает для постоянного проживания в новое жилище, сохраняют право проживания в государственном жилище.

С учетом подпункта 9) ст. 107 Закона о жилищных отношениях можно сделать логический вывод, что лица, которым государственное жилище предоставлено только на время работы, могут приобретать (или сохранять) собственное жилище в другом населенном пункте. И это не должно служить основанием их выселения из государственной квартиры до прекращения ими трудовых отношений. После такого прекращения их выселение специально предусматривается названным подпунктом 9).

Но и те, кто проживает в таких жилищах, не могут быть выселены без предоставления другого жилья, если прекращение служебных отношений вызвано ликвидацией организации, сокращением штатов, болезнью, препятствующей дальнейшей работе, выходом на пенсию. Из служебных или приравненных к служебным жилищ не могут быть также выселены семьи работников, погибших при исполнении служебных обязанностей.

Для членов семьи лиц, проживающих в помещении, приравненном к служебному, выселение не допускается при смерти кормильца по любой причине. Это исключение не распространяется на членов семьи умершего нанимателя, проживающего в служебном (но не приравненном к служебному) помещении.

Для военнослужащих установлен особый запрет выселения без предоставления другого помещения при условии увольнения из армии по выслуге лет (п. 8 ст. 101 Закона о жилищных отношениях).

Из жилищ, приравненных к служебным, не могут быть выселены наниматели, у которых уже возникло право на приватизацию квартиры (п.п. 2, 3, 4 ст. 101 Закона о жилищных отношениях). Право приватизации может быть реализовано и после прекращения служебных отношений. Но это исключение не применяется к служебным жилищам, поскольку они, как выше отмечалось, могут быть приватизированы лишь после вывода их из состава служебных. И такое еще общее ограничительное правило для всех государственных жилищ: п. 3 ст. 103 Закона о жилищных отношениях запрещено выселение без предоставления другого жилища несовершеннолетних детей, оставшихся без родительского попечения.

Во всех иных случаях выселение из государственных жилищ допускается по Закону о жилищных отношениях только с предоставлением другого жилья. Но такое предоставление не служит основанием выселения, это - лишь одно из его необходимых условий. Основание для каждого возможного случая определяется непосредственно Законом о жилищных отношениях. Иначе говоря, даже с предоставлением другого жилища выселение нанимателей и членов их семей допускается лишь при условии, что основание для этого прямо предусмотрено Законом о жилищных отношениях. В иных случаях, даже при нарушении нанимателем своих обязанностей, не влекущих по Закону о жилищных отношениях выселения (не устранил вовремя допущенное им же повреждение оборудования, допустил неоплату жилища за 5 месяцев и т. п.) к нарушителю применяются иные меры воздействия, но не выселение, даже с предоставлением другого жилища.

Закон о жилищных отношениях, как отмечалось, различает выселение с предоставлением: а) другого благоустроенного жилища; б) другого пригодного для проживания жилого помещения. В тех случаях, когда из Закона о жилищных отношениях вытекает возможность требовать выселения с предоставлением другого жилища, но не говорится о его благоустроенности или пригодности, выселяемый вправе требовать предоставления ему благоустроенного жилища.

Благоустроенное помещение должно отвечать требованиям, которые предъявляются при первоначальном предоставлении жилища нуждающимся гражданам (ст. ст. 75 и 76 Закона о жилищных отношениях). Кроме того должны соблюдаться следующие условия: размеры и число комнат не менее тех, что занимал выселяемый (но не 194 / обязательно предоставление излишков площади); гражданам, проживавшим не менее пятнадцати лет в жилище, подлежащем сносу, должно по их желанию предоставляться благоустроенное жилище в домах, построенных вместо сносимых

строений либо вблизи этого места (п. 1-4 ст. 106 Закона о жилищных отношениях). В тех случаях, когда закон предусматривает предоставление благоустроенного жилища, таковое должно предоставляться и тем, кто до выселения проживал в неблагоустроенном помещении.

Предоставляемое при выселении пригодное жилое помещение должно отвечать необходимым санитарным и техническим требованиям, находиться в пределах того же населенного пункта. Во всяком случае переселяемый не должен попадать в условия, при которых он бы согласно ст. 69 Закона о жилищных отношениях мог признаваться нуждающимся в улучшении жилищных условий.

Во всех случаях принудительное выселение с предоставлением другого жилища может производиться лишь при условии, что выселяемые могут немедленно вселиться в предоставляемое помещение. Если выселение производится через суд, то он в самом решении должен четко указать, куда, по какому адресу может переехать выселяемый (п. 3 ст. 103 Закона о жилищных отношениях). Стороны могут договориться о предоставлении помещения в будущем, но только по взаимному согласию. О таких договорах будет сказано ниже.

Основной перечень случаев, допускающих принудительное выселение с предоставлением другого благоустроенного жилища приведен в ст. 105 Закона о жилищных отношениях.

Во-первых, здание, в котором находится жилище, подлежит сносу в связи с изъятием (выкупом) земельного участка для государственных надобностей. Порядок такого изъятия (выкупа) определен земельным законодательством (ст. ст. 66-69 Закона о земле).

Во-вторых, если жилище грозит обвалом (разрушением) либо подлежит переоборудованию в силу непригодности для дальнейшего проживания. К этому примыкает случай, когда помещение ликвидируется либо существенно изменяется в связи с капитальным ремонтом здания (ст. 91 Закона о жилищных отношениях).

В-третьих, если признание договора найма недействительным не связано с неправомерными действиями нанимателя.

Необходимость предоставления благоустроенного жилого помещения при выселении нанимателя предусматривается Законом о жилищных отношениях и в некоторых других случаях. Например, лицо, получившее жилище в связи со служебными отношениями, прекращает таковые, но по причинам, не допускающим выселение без предоставления другого жилища (ст. 101 Закона о жилищных отношениях).

Основанием выселения с предоставлением не обязательно благоустроенного, но пригодного жилого помещения может служить: необходимость освобождения жилища в связи с производством капитального ремонта (п. 1 ст. 91 Закона о жилищных отношениях). Здесь речь идет о предоставлении помещения для временного проживания до окончания капитального ремонта основной квартиры. Пригодное для проживания жилье должно быть предоставлено при выселении семье, потерявшей кормильца, получившего жилище, приравненное к служебному (п. 8 ст. 101 Закона о жилищных отношениях), выселение из государственной квартиры несовершеннолетних детей, оставшихся без родительского попечения (п. 3 ст. 103 Закона о жилищных отношениях).

Особое место среди оснований получения государственного жилища **занимает договор гражданина с компетентным государственным органом о будущем предоставлении жилища** для постоянного проживания. Возникает договорное обязательство по предоставлению жилища. Договоры могут заключаться, если они не противоречат действующему законодательству. Как правило, подобные договоры являются срочными, чаще всего, краткосрочными, и действуют до исполнения обязанности предоставить для постоянного проживания предусмотренное договором помещение. Иногда жилища по договору предоставляются для временного проживания (на время капитального ремонта, для проживания до окончания постройки дома, где участнику договора будет предоставлено постоянное жилище).

При неисполнении или ненадлежащем исполнении договора о предоставлении жилища, в частности, при просрочке исполнения, наступают последствия, предусмотренные гражданским законодательством (принудительное предоставление жилища в постоянное пользование, возмещение убытков и т. п.).

Договор может предусматривать передачу будущего жилища в собственность или в пользование. В последнем случае после передачи жилища с его получателем заключается договор найма государственного жилого помещения. Такие договоры, в частности (ст. 115 Закона о жилищных отношениях), могут заключаться:

а) о предоставлении жилища на время капитального ремонта;

б) об освобождении подлежащего сносу жилища с условием предоставления другого, которое будет построено на этом или близлежащем участке. Такие договоры обычно заключаются в случаях, когда требуется срочно освободить земельный участок для нового строительства, а у органа, желающего освободить участок, еще нет готового жилища для немедленного переселения лиц, проживающих в сносимых строениях;

в) о передаче гражданином своего жилища для вселения туда лиц, переселяемых из сносимых домов. На практике встречались случаи передачи своих помещений для вселения лиц, приглашаемых на работу из **Других** населенных пунктов. В качестве встречного действия по такому договору государственный орган принимал на себя предоставление другого жилища в строящемся доме;

г) о сдаче в связи с выездом в другую местность своего жилища местному исполнительному органу с условием предоставления другого жилища при возвращении на жительство в данный населенный пункт;

д) о трудовом или финансовом участии в строительстве дома и, наконец, по условиям трудового контракта.

В прошлом перечисленные здесь договоры применялись довольно широко. В настоящее время они заключаются значительно реже. К тому же по многим из них жилище передается не в пользование, а в собственность, то есть они не служат подготовительным этапом заключения договора найма жилища.

Во всех случаях последующего заключения договора найма жилища договор о предоставлении жилища в пользование с момента заключения договора найма исчерпывает свою юридическую силу и прекращается.

Наиболее распространенным в прошлом и сейчас еще сохранившим свое значение является договор, предусмотренный ст. 116 Закона о жилищных отношениях, заключаемый между собственником или нанимателем жилища и застройщиком земельного участка, изымаемого у собственника (нанимателя) для государственной надобности. Собственник (наниматель государственного) жилища освобождает его. Застройщик же по заключенному договору обязывается предоставить в собственность или в наем вновь построенное жилище с точным указанием его параметров и признаков: размер, количество комнат, этаж, иногда даже индивидуализирующих признаков, зафиксированных проектом строительства. В этом же договоре предусматривается, где будет проживать лицо, проживавшее в сносимом доме, до постройки нового, кто и как будет оплачивать это проживание.

Нарушение договора влечет применение мер гражданско-правовой ответственности.

§ 5. Договор найма частного жилища

Данный договор заключается между собственником частного жилища и его нанимателем (ст. 603 ГК).

Закон о жилищных отношениях различает **два вида подобных договоров**: а) договор найма жилого помещения, предназначенного для сдачи внаем (ст. 24 Закона о жилищных отношениях) - **доходные квартиры**; б) договор найма жилища, **в котором проживает сам собственник**. Соответственно различаются по своему правовому положению две группы нанимателей.

Учитывая, однако, общность экономических оснований жилищного найма и для первой, и для второй групп (частная собственность на жилое помещение и коммерческий характер интересов наймодателя), основные условия содержания договоров совпадают и определяются соглашением сторон. Это - срок договора, размер наемной платы, распределение обязанностей по ремонту помещения, основания выселения нанимателей и тому подобное. Некоторые условия предусматриваются Законом о жилищных отношениях, но, как правило, соответствующие нормы Закона о жилищных отношениях являются дис-позитивными и открывают сторонам легальную возможность решить вопрос по-своему, а не так, как предполагает Закон о жилищных отношениях.

В случаях, когда стороны не определили взаимным соглашением какие-либо условия, и они прямо не вытекают из текста Закона о жилищных отношениях,

возможно применение общих норм об условиях договора аренды: например, о распределении между сторонами обязанностей по ремонту жилого помещения, о судьбе улучшений имущества, произведенных нанимателем.

Сдача внаем доходных квартир является предпринимательской деятельностью, требующей более четкой защиты правомерных интересов потребителей, к каковым следует отнести нанимателей квартир. И подобные интересы защищаются законом **императивным** образом: нанимателю должно предоставляться **пригодное** для проживания (то есть отвечающее обязательным строительным, санитарным, противопожарным и иным обязательным требованиям) и **отдельное** жилое помещение. Нельзя предоставлять часть комнаты либо одну из смежных комнат (ст. 24 Закона о жилищных отношениях). Закон о жилищных отношениях (ст. 24) устанавливает заключение договора в письменной форме, но ничего не говорит о необходимости государственной регистрации. / 198

Закон о жилищных отношениях признает также право нанимателя вселять в помещение членов семьи, поднанимателей и временных жильцов; на краткий период (до 6 месяцев) выезжать из помещения. **Член** семьи нанимателя, проживающий вместе с ним, приобретает такое же право пользования жилым помещением. При переходе права собственности на жилище к другому лицу договор найма сохраняет **силу для** нового собственника (п. 8 ст. 24 Закона о жилищных отношениях). Но эти положения установлены **диспозитивными** нормами закона и могут по договору сторон быть изменены или вообще лишены юридической силы.

Выселение из жилища допускается по требованию наймодателя во всех случаях, предусмотренных договором, а также по основаниям и на условиях, установленным Законом о жилищных отношениях для выселения из государственных квартир (п. 5 ст. 24 Закона о жилищных отношениях), за небольшими исключениями.

Договор, не предусматривающий срока действия, может быть во всякое время принудительно расторгнут по требованию наймодателя доходной квартиры при предупреждении об этом нанимателя не менее, чем за 3 месяца. При досрочном расторжении договора нанимателем он должен предупредить об этом наймодателя не менее, чем за месяц либо уплатить за этот месяц установленную договором плату.

Интересы нанимателя, живущего в квартире собственника, защищены значительно слабее. Предоставляться может не только отдельное помещение, но также смежная комната или часть комнаты (ст. 25 Закона о жилищных отношениях). Для вселения других лиц, в том числе членов семьи, требуется согласие собственника (собственников). Соответственно без согласия собственника нельзя сохранить право на жилое помещение при временном выезде в другую местность.

Досрочное расторжение договора возможно не только при наступлении предусмотренных договором обстоятельств, но и при наличии иных уважительных непредвиденных причин. Статьей 25 Закона о жилищных отношениях устанавливается также

возможность досрочного выселения нанимателя по основаниям, предусмотренным подпунктами 1)-5) ст. 107 - систематическое разрушение или порча жилища, использование его не по назначению и т. п.

Договор, заключенный без указания срока действия, может быть расторгнут наймодателем в любое время без объяснения причин с предупреждением за месяц. Но наниматель вправе расторгнуть договор найма досрочно и без предупреждения, без обязанности внесения

какой-либо платы, кроме как за прожитое время, если в договоре не предусмотрено иное.

Выселение нанимателя и проживающих с ним лиц из квартиры собственника во всех случаях производится без предоставления другого жилого помещения.

Возможность сдачи нанимателем занимаемого им жилого помещения или его части в поднаем всецело зависит от условий договора с наймодателем. При прекращении или расторжении договора найма немедленно прекращается право проживания в квартире поднаимателей и всех временных жильцов.

Как видим, существенно различный подход.



Глава 40. Безвозмездное пользование имуществом

Договор безвозмездного пользования имуществом иначе именуют **договором ссуды**. Хотя в обыденной речи термин ссуда чаще используется применительно к договору займа, и, казалось бы, относится к кредитно-расчетным обязательствам, но на самом деле «о не так. Еще в русском юридическом словаре термин ссуда по^{*} вился для обозначения не займа, а именно предоставления имущества в безвозмездное пользование.

Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. вообще не упоминал о доге **воое** ссуды⁴⁸. Впервые рассматриваемый договор был введен в **і** КазССР В

⁴⁸ Несмотря на это, в учебнике "Гражданское право" (Ч. 2, М., 1938 г. ссуда[^] рассматривались в одной главе, а в учебнике "Гражданское право" (Т 2, М 1 9 4 была введена специальная глава "Договор о возмездном пользовании имуществом" (договор ссуды)".

советской цивилистической литературе настоящий договор именовался ссудой. Однако ввиду применения того же термина некоторым видам займа и одновременно обозначения тем же термином предмета займа, предоставляемого кредитными учреждениям возникает потребность в самостоятельном его наименовании. Позднее договор ссуды стал именоваться договором безвозмездно, пользования имуществом.

По договору безвозмездного пользования имуществом (договору ссуды) одна сторона (ссудодатель) передает имущество безвозмездное временное пользование другой стороне (ссудополучателю), которая обязуется вернуть то же имущество в том же состоянии, в каком она его получила, с учетом нормального износа или в состоянии, обусловленном договором (ст. 604 ГК).

Из приведенного определения видно, что договор ссуды носит **безвозмездный** характер. В этом его сходство с договором дарения отличается от договора имущественного найма. Сходство между дарением и ссудой было настолько значительно, что одно время в юридической литературе ссуда даже рассматривалась как разновидность дарения⁴⁹. Но по договору дарения имущество передается в собственность, а по договору ссуды - во временное пользование. Поскольку в договоре имущественного найма имущество (вещь) также передается во временное пользование, но не безвозмездно, то, соответственно, и отдельные нормы ГК, регулирующие отношения имущественного найма, распространяются на договор ссуды.

Так, правила о существенных условиях договора (ст. 541 ГК), о сроке договора (ст. 545 ГК), об обязанности пользоваться имуществом в соответствии с условиями договора, а при их отсутствии - в соответствии с назначением имущества (ст. 550 ГК), об улучшениях имущества (ст. 555 ГК), о возобновлении договора (ст. 558 ГК), об изменении и расторжении договора по требованию одной из сторон (подпункты 1, 2, 4 п. 2 ст. 556 ГК) применяются к договору безвозмездного пользования имуществом.

Стороны, участвующие в договоре ссуды, именуется ссудодатель и ссудополучатель. Ссудодателем может выступать как собственник имущества, так и управомоченное им лицо. Ссудодатель передает имущество во временное пользование безвозмездно, а ссудополучатель должен использовать его по назначению и своевременно возвратить в исправном состоянии.

В качестве ссудодателя и ссудополучателя могут выступать любые субъекты гражданских прав. Законодатель делает лишь единственное ограничение по субъектному составу. Согласно п. 2 ст. 605 ГК, коммерческая организация не вправе передавать имущество в безвозмездное пользование лицу, являющемуся ее учредителем, участником, акционером, директором, членом ее органов управления или контроля. Договор ссуды заключенный в нарушение указанного правила является недействительным. Такой запрет введен скорее в целях борьбы с уклонением от налогов.

Договор ссуды является реальным, так как исходя из смысла ст. 604 ГК считается заключенным в момент передачи вещи. В этом одно из отличий ГК РК от ГК РФ, где договор ссуды может быть как реальным, так и

⁴⁹См.: *Перетерский И. С.* Сделки, договоры. М., 1929. С. 64.

консенсуальным, в зависимости от того, в каком порядке он заключен.

Ссудополучатель, как правило, нуждается в имуществе, которое передается ему в пользование. Ссудодатель же предоставляет ему имущество, не получая взамен никакого материального удовлетворения. Удовлетворение может быть лишь моральным, поскольку и цели преследуются социальные, гуманитарные или благотворительные. Чаще всего, ссудодатель предоставляет безвозмездно имущество в просветительских, гуманитарных или благотворительных целях. Например, библиотеки предоставляют книги своим читателям, приюты предоставляют помещения для временного проживания нуждающимся (особенно в зимнее время). Ссудодатель обычно никаких выгод из договора ссуды не получает, не преследует цели извлечения прибыли, довольствуется лишь удовлетворением иных интересов. **202**

Ссудодатель остается собственником имущества передаваемого по договору ссуды. По общему правилу, риск случайной гибели или порчи имущества несет собственник имущества. Однако при определенных условиях, предусмотренных ст. 610 ГК, он освобождается от несения риска случайной гибели или порчи имущества. Этот риск возлагается на ссудополучателя, если имущество погибло или было испорчено в связи с тем, что он использовал его не в соответствии с договором безвозмездного пользования или назначением имущества либо передал его третьему лицу без согласия ссудодателя п. 1 ст. 610 ГК).

Ссудополучатель несет также риск случайной гибели или случайного повреждения имущества, если с учетом фактических обстоятельств мог предотвратить его гибель или порчу, пожертвовав своим имуществом, но предпочел сохранить свое имущество (п. 2 ст. 610 ГК). Так, например, учитель передал по договору безвозмездного пользования имуществом ученику свою скрипку, которая в результате пожара в доме ученика сгорела. Ученик спас свою скрипку, а не скрипку учителя, хотя мог спасти в тот момент скрипку учителя, пожертвовав своей.

Во всех остальных случаях риск случайной гибели или порчи имущества несет ссудодатель как собственник имущества.

Переход права собственности на вещь, переданную по договору ссуды, к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора безвозмездного пользования имуществом. Так, например, в больнице поменялся собственник, но это не означает, что у больных заберут кровати, постель и другие принадлежности, переданные им во временное безвозмездное пользование, пока они не выпишутся из больницы. Следует отличать от договора ссуды случаи внедоговорного безвозмездного пользования чужой вещью, которые осуществляются на основании вещных прав. Например, право на свободное пребывание в лесах либо право пользоваться участками общего пользования в городах (скверы, парки, площади и т.п.) В данном случае правила договора ссуды применению не подлежат.

Существенным условием договора является условие о его предмете. Если в договоре отсутствуют данные, позволяющие определить имущество, которое подлежит передаче по договору ссуды, условие о предмете считается не согласованным сторонами, а договор - незаключенным.

Предметом договора ссуды является любое имущество, не изъятое из гражданского оборота. Понятие "имущество" используется здесь в узком его значении. Предмет договора ссуды совпадает с предметом договора имущественного найма (аренды). Это могут быть индивидуально-определенные, непотребляемые вещи.

Форма договора ссуды определяется по общим правилам о форме сделок.

Содержание договора ссуды составляют права и обязанности сторон.

Ссудодатель обязан:

- 1) предоставить имущество в состоянии, соответствующем условиям договора и назначению имущества (ст. 606 ГК). Имущество предоставляется со всеми его принадлежностями и документами (инструкцией, техническим паспортом и др.), удостоверяющими качество, комплектность, безопасность, порядок эксплуатации и т. п., если иное

не предусмотрено договором. Если такие принадлежности и документы не были переданы, то ссудополучатель вправе потребовать предоставления ему таких принадлежностей и документов, либо расторжения договора и возмещения понесенного им реального ущерба;

2) предупредить ссудополучателя о всех правах третьих лиц на передаваемое в безвозмездное пользование имущество (сервитуте, праве залога и т. д.). Права третьих лиц сохраняются и после заключения договора ссуды. Все нормы, регламентирующие обязанности ссудодателя, носят императивный характер.

Ссудодатель отвечает за недостатки переданного в безвозмездное пользование имущества, которые он умышленно или по грубой неосторожности не оговорил при передаче имущества, если при этом причинил реальный ущерб имуществу. Ссудодатель не отвечает за недостатки имущества, которые были им оговорены при заключении договора или были заранее известны ссудополучателю, либо должны были быть обнаружены ссудополучателем во время осмотра имущества или проверки его исправности при заключении договора или при передаче вещи (п. 3 ст. 607 ГК);

Ссудополучатель обязан:

- пользоваться переданным в безвозмездное пользование имуществом в соответствии с договором или назначением имущества;

- поддерживать имущество в исправном состоянии, включая осуществление текущего и капитального ремонта, нести все расходы по содержанию, если иное не предусмотрено договором. Договором эти обязанности могут быть возложены и на ссудодателя или распределены между сторонами;

- без согласия ссудодателя не передавать имущество третьему лицу;

- при прекращении договора вернуть имущество в том же состоянии, в котором он его получил с учетом нормального износа либо в состоянии, обусловленном договором.

Ссудодатель вправе потребовать досрочного расторжения договора в случаях, когда ссудополучатель:

1) использует имущество не в соответствии с договором или назначением имущества;

2) не выполняет обязанности по поддержанию имущества в исправном состоянии или его содержанию;

3) существенно ухудшает состояние имущества;

4) без согласия ссудодателя передал имущество третьему лицу (п. 1 ст. 612 ГК).

Ссудополучатель вправе потребовать досрочного расторжения договора в следующих случаях:

1) при обнаружении недостатков, делающих нормальное использование имущества невозможным или обременительным, о наличии которых он не знал и не мог знать в момент заключения договора;

2) если имущество в силу обстоятельств, за которые он не отвечает, окажется в состоянии, непригодном для использования;

3) если при заключении договора ссудодатель не предупредил его о правах третьих лиц на передаваемое имущество;

4) при неисполнении ссудодателем обязанности передать имущество либо его принадлежности и относящиеся к нему документы.

Расторгается договор в случае спора в судебном порядке.

Отказаться от бессрочного договора безвозмездного пользования имуществом каждая из сторон может во всякое время. Договор в этом случае считается расторгнутым по истечении одного месяца после извещения другой стороны об этом, если иной срок извещения не предусмотрен договором. В таком же порядке, ссудодатель вправе, если иное не предусмотрено договором, отказаться во всякое время от договора, заключенного с указанием срока (ст. 613 ГК).

В случае смерти гражданина-ссудополучателя или ликвидации юридического лица - ссудополучателя, договор прекращается, если иное не предусмотрено договором (ст. 615 ГК). И наоборот, смена ссудодателя не влечет за собой прекращения договора ссуды. В соответствии со ст. 614 ГК договор ссуды сохраняет силу для нового собственника в случае отчуждения предмета договора ссудодателем. Также права и обязанности по договору переходят к правопреемникам гражданина-ссудодателя в случае его смерти, и к правопреемникам юридического лица-ссудодателя при его реорганизации, а в случае ликвидации - к лицам, которые приобретают право собственности на обремененное договором ссуды имущество.

Действие договора не прекращается при реорганизации юридического лица-ссудополучателя. Права и обязанности по договору ссуды в указанных случаях переходят к юридическому лицу, являющемуся его правопреемником, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 614 ГК).

Раздел VI. ДОГОВОРЫ ПО ПРОИЗВОДСТВУ

РАБОТ Глава 41. Договор подряда. Общая характеристика

Договор подряда - один из самых распространенных гражданско-правовых договоров.

Договор подряда применяется во многих сферах хозяйственной и бытовой деятельности - выполнение индивидуальных заказов граждан, осуществление капитального строительства, проектно-изыскательские работы, монтаж и наладка оборудования, добыча полезных ископаемых, проведение заказных научных исследований.

Каждая из таких договорных разновидностей отличается заметными правовыми особенностями, вытекающими из особенностей производимых работ и их результатов, которые в основной своей части будут отмечены ниже, но сохраняют существенные признаки договора подряда⁵⁰.

Статья 616 ГК определяет договор подряда следующим образом:

"По договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результаты заказчику в установленный срок, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его (уплатить цену работы)".

Как видим из определения, **существенными признаками договора подряда** являются:

а) подрядчик выполняет своими силами фактические работы по индивидуальному заданию заказчика и передает последнему результаты работ;

б) вследствие подрядных работ появляется новый результат, отэ- деленный

в) этот результат принадлежит заказчику, который принимает

индивидуальными признаками;

от подрядчика и оплачивает выполненные работы.

По этим общим признакам договор подряда отличается законодательству от сходных договоров, которые также заключают при совершении одним участником определенных оплачиваемых действий по заданию и в интересах другого участника.

Следует учитывать, что все действия одного лица, совершаемые по заданию другого лица и в его интересах, можно, с некоторыми допу

⁵⁰ Особенности подрядных отношений в строительстве и в подготовке к строительству во многом регулируются Законом о строительной деятельности. / 206

щениями, считать работой. С этих позиций работой могут признаваться и строительство, и уборка помещения, и обучение иностранному языку, и перевозка грузов, и юридическое консультирование, и многое другое. Но само содержание выполняемой работы настолько влияет на особенности правового регулирования соответствующих правоотношений, что их трудно, а то и невозможно охватить одной "юридической крышей".

Традиционно, например, от договора подряда отличается договорное выполнение работ без образования их нового осязаемого результата. Поэтому законодательство выделяет в качестве отдельных от подряда договоры перевозки, хранения, перевода денег, управления имуществом и т. д. Самостоятельные транспортные операции отличаются значительной спецификой, связанной с передачей предмета договора в полное владение исполнителя (перевозчика). Вводятся специальные правила об обеспечении сохранности предмета перевозки (груза), о его передаче третьему лицу (грузополучателю), не участвовавшему в заключении договора, об ответственности за несохранность и т. п. Отсюда - большой объем законодательства, регулирующего только транспортные отношения.

Отличаются от подрядных также работы, порождающие не фактические, а только правовые результаты: передача по поручению правообладателя принадлежащих ему прав другим лицам либо приобретение им прав от других лиц, принятие им на себя обязанностей и т.п. (поручение, комиссия, агентские договоры и т. п.).

С этих позиций договор об оказании юридических услуг выполняет хотя бы частично функции представительства. Например, предоставление адвокатом юридической консультации - это оказание фактической услуги, а договор с адвокатом о его выступлении в судебном процессе в интересах клиента - это договор об оказании юридической услуги. Типичный договор об оказании юридических услуг - это договор поручения.

Иногда, впрочем, для реального удобства участников заключаемые между ними договоры охватывают оказание и фактических и юридических услуг. Например, договор транспортной экспедиции. Здесь и юридические услуги (заключение и исполнение в интересах клиента договора перевозки), и фактические услуги (затаривание груза, перевозка его к месту погрузки, погрузка, охрана при перевозке, разгрузка, доставка на склад клиента и т.п.). Можно назвать также дилерские, консигнационные и т.п. договоры.

Поэтому при заключении договора об оказании юридических услуг всегда необходимо различать две цепочки правовых связей (взаимных прав и обязанностей): а) между услугодателем и услугополучателем, б) между услугополучателем и третьим лицом, которого с услугополучателем связал услугодатель.

Очень близко к подрядным стоят оплачиваемые работы по оказанию различных услуг - образовательных, медицинских, туристических, оздоровительных, косметических и т.п. Различие правовой природы работ и услуг, ведущее к особенностям их правового регулирования, показано в следующей главе.

Нередко ту или иную разновидность работ можно одновременно на разных уровнях регулировать и

договором подряда, и другими более специализированными видами договоров.

Немало здесь зависит и от субъективной воли законодателя. Так, договор на производство строительных работ традиционно признавался договором подряда. Однако по мере усиления в СССР директивного планирования всех производственных и хозяйственных процессов в строительстве строительный подряд все более четко выделялся из общей массы подрядных договоров, и, начиная с 1961 года, все основные системные гражданско-правовые акты (Основы гражданского законодательства, Гражданские кодексы) стали рассматривать договор подряда на капитальное строительство не как разновидность договора подряда, а как самостоятельный вид гражданско-правового договора.

После распада СССР изменились методы хозяйственного регулирования, разрушена система командно-приказного управления хозяйством, и с 1993 года строительный подряд вновь включается в общие рамки договора подряда, хотя и выделяется некоторыми своими особенностями.

Практически очень важным является проведение границы между договором подряда и трудовым договором. Одни и те же работы (например, ремонт помещения) могут выполняться и по договору подряда, и по трудовому договору. В роли подрядчика - работник, в роли заказчика - работодатель. Между тем, различия в правовом регулировании трудовых или подрядных отношений велики, и в зависимости от того, к какому юридическому институту данные работы будут отнесены, многие важные вопросы будут решаться различным образом. По трудовому договору работы выполняются за риск работодателя (то есть заказчика), а по договору подряда - за риск подрядчика (исполнителя). Материальное и иное обеспечение работ по трудовому договору относится к обязанности работодателя, а в договоре подряда - к обязанности подрядчика. Ответственность работника за убытки, причиненные работодателю ненадлежащим исполнением договора, является, как правило, ограниченной, а ответственность подрядчика за аналогичные нарушения - полной. Различны основания и условия расторжения того или иного договора и многие иные элементы договорных отношений, не говоря уже о радикальных различиях в правах и обязанностях социального характера.

Подряд регулируется гражданским законодательством, а трудовой договор - трудовым законодательством. Но до того, как решить, какое же, гражданское или трудовое, законодательство применить, нужно точно установить, с каким именно договором, подрядным или трудовым, мы имеем дело.

Этой проблемой давно уже занимается правовая наука. В прошлом, при советской системе организации производства и труда, выдвигались такие разграничительные признаки: трудовой договор регулирует процесс труда, а подрядный договор - результат труда. При трудовом договоре работник должен подчиняться установленному режиму труда, другим правилам трудового распорядка. На подрядчика такая обязанность не распространяется.

Эти признаки и сейчас сохранили определенное значение, но помогают далеко не всегда.

В ряде случаев работники по условиям трудового договора (контракта) получают значительную

самостоятельность и в организации процесса труда, и в достижении его результатов.

Нам представляется, что сегодня подряд можно отличить от трудового договора по главному признаку - является ли исполнителем работы самостоятельный субъект (действует как предприниматель) либо он выполняет работы по прямым заданиям заказчика (работодателя), который вправе такие задания отменить, продлить, изменить во всякое время по своему усмотрению. Подрядчик привлекается для выполнения определенной конкретной работы, а работник - для выполнения все новых работ установленной направленности. При этом все исполнители объединены в один коллектив, который, хотя и не является юридическим лицом по признакам гражданского законодательства, но признается субъектом права иными нормами (о коллективных договорах, трудовых спорах и т. п.). Отсюда и общее определение правового режима, и освобождение исполнителей от риска неблагоприятных последствий исполнения, и ответственность перед третьими лицами за действия исполнителей, и социальные права последних, и многое другое.

Следует учитывать и то, что исполнителем работ по трудовому договору может быть только гражданин, подрядчиком же нередко выступает юридическое лицо, но и в его внутренних отношениях также господствует трудовой договор, заключаемый органом такого лица с конкретными его рабочими и служащими.

Разумеется, границы между подрядным и трудовым договором также условны и подвижны.

Нельзя смешивать подряд также с договором на создание объекта интеллектуальной собственности (написание книги, решение технической задачи, конструирование промышленного образца и т. п.), хотя некоторые черты сходства можно заметить, в частности, при подряде на научные работы.

Главное различие состоит в том, что создатель объекта интеллектуальной собственности, какие бы мотивы не стимулировали его творческую деятельность, может передать в собственность (или пользование) заказчика лишь объективное материальное воплощение творческой идеи. Сама же идея служит объектом интеллектуальной собственности творца, который имеет исключительное право разрешить ее воспроизведение, использование третьими лицами и т. п. Материальный предмет, например, изготовленный по договору подряда, поступает в собственность заказчика, творческое же произведение (образ, идея, иной продукт индивидуального творчества) всегда принадлежит творцу. Картина, нарисованная по заказу, становится предметом материальной собственности заказчика, но автором картины, обладающим всеми исключительными правами на нее в ее качестве творческого произведения (разрешить копирование, использование в целях рекламы и т. п.) остается у художника-создателя. Поэтому выполнение творческого заказа не является подрядом.

В условиях сложной развивающейся экономики договоры о выполнении работ по индивидуальному заказу нередко вплетаются в комплексные договорные отношения, включающие и другие виды договоров. Например, договор поставки, предусматривающий монтаж купленных изделий (конструкций) на месте их эксплуатации, договоры концессии, инвестиционные договоры и т. д.

В этих и подобных отношениях стороны (или одна сторона) именуется иначе, нежели в традиционном подряде, обладают иной степенью самостоятельности, вознаграждение за работы начисляется и выплачивается не так, как в обычных подрядных договорах, но все же выделение в названных выше комплексах подрядных отношений для их более полного и более точного правового регулирования весьма целесообразно, прежде всего, с целью контроля за выполняемой по договору деятельностью со стороны заказчика, компетентного органа или другого заказывающего субъекта. Подобные договоры можно назвать смешанными. Их правовое регулирование, как известно, осуществляется в соответствии со ст. 381 ГК.

§ 1. Хозяйственная самостоятельность подрядчика

Для всех видов договора подряда характерна **независимость подрядчика от заказчика в организации работ** при выполнении заказа. Заказчик не вмешивается в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика. Хотя заказчик участвует в деятельности подрядчика, о **чем будет** сказано ниже, но основным предметом подряда служит не процесс работы, а ее результат. Подрядчиком, как правило, могут **быть** и казахстанские и зарубежные физические или юридические лица. **Лишь для** строительного подряда установлены ограничения **для** иностранных участников. Статья 65 (п. 3) Закона о строительной деятельности предусматривает, что подрядчиками в строительстве могут выступать совместные предприятия, доля иностранного капитала в уставном

капитале которых не превышает сорока девяти процентов.

Независимость подрядчика проявляется в том, что он самостоятельно определяет способ выполнения задания. Подрядчик поэтому, если иное не предусмотрено соглашением с заказчиком, самостоятельно решает все вопросы организации и обеспечения работ материалами, нужными механизмами и инструментами, иными ресурсами (ст. 616-617 ГК).

Все эти требования закона являются диспозитивными и могут быть изменены соглашением сторон. Но при отсутствии подобных соглашений действуют правила о самостоятельности подрядчика.

Подрядчик рассматривается законом как профессиональный производитель выполняемых им работ. Он - специалист данного профиля. Выполнение подряда для него - предпринимательская деятельность, в отличие от заказчика, который обращается к подрядчику лишь от случая к случаю. Не всякий заказчик является предпринимателем, но и для предпринимателя обращение к подрядчику по поводу выполнения определенных работ - это, как правило, эпизодическое действие, но не постоянная профессиональная деятельность.

Поэтому ст. 628 ГК предусматривает обязанности подрядчика предупредить заказчика о степени пригодности предлагаемых последним материалов или способов выполнения работ, дабы результат работ отвечал тому, на что рассчитывает заказчик. Неисполнение обязанности переносит неблагоприятные последствия на подрядчика.

Эта независимость подрядчика и его положение ответственного специалиста служат основанием установления правила - **работа выполняется за риск подрядчика** (п. 1 ст. 616 ГК).

Риск подрядчика - это его профессиональный и предпринимательский риск. Он сводится к тому, что подрядчик принимает на себя, если иное специально не предусмотрено законодательством или соглашением сторон, все неблагоприятные последствия, возникающие в силу случайных обстоятельств, не зависящих от воли и поведения сторон.

Так, например, подрядчик несет риск случайного удержания работ, если их стоимость определена твердой (не приблизительной) суммой (ст. 622).

Подрядчик несет риск случайной гибели предмета подряда или случайной невозможности завершения работ, то есть, если предмет подряда случайно погиб до его передачи заказчику или по объективным обстоятельствам окончание работ стало невозможным, то заказчик не обязан оплачивать выполненные работы (ст. 631). Все затраты, произведенные в ходе исполнения заказа, превращаются для подрядчика в никем не компенсируемые убытки.

Подрядчик несет также риск случайной задержки исполнения. Если такая задержка вызвала его (подрядчика) дополнительные расходы, они остаются возмещенными. Подрядчик обязан также возместить убытки заказчика, вызванные случайной задержкой передачи ему законченного предмета подряда.

Подрядчик несет риск случайной недоброкачества предмета подряда, ибо обязан устранить недостатки за свой счет либо оплатить их устранение заказчиком. На него же (подрядчика) могут быть переложены убытки заказчика,

понесенные в результате использования недоброкачественного предмета подряда.

К риску подрядчика следует, по нашему мнению, отнести неравенство прав подрядчика и заказчика на одностороннее прекращение (расторжение) договора. Подрядчик вправе требовать такое расторжение лишь в общем порядке и по общим основаниям, предусмотренным законом (ст. 401-404 ГК). Заказчик же согласно п. 4 ст. 627 ГК имеет право, если иное не предусмотрено договором, в любое время до сдачи ему работы и без обоснования уважительности отказаться от договора подряда, уплатив подрядчику за работу, выполненную до получения подрядчиком уведомления о таком отказе. При этом, однако, заказчик обязан также возместить подрядчику убытки, вызванные односторонним прекращением договора, в пределах общей договорной цены.

К этому в основном сводится риск подрядчика. Его нельзя смешивать с риском случайной гибели материала, предусмотренным ст. 618 ГК. Как правило, при отсутствии специального соглашения сторон по данному вопросу риск случайной гибели материала, используемого в ходе исполнения договора подряда, несет сторона, предоставившая материал. Это полностью соответствует общему требованию гражданского законодательства - "Casum sentit dominus" - случайные убытки несет собственник (ст. 190 ГК).

Правила о риске подрядчика не применяются, если:

а) неблагоприятные последствия произошли по вине заказчика или в силу зависящих от него обстоятельств;

б) заказчик допустил просрочку в принятии исполненной работы.

В параграфах главы о подряде ГК, предусматривающих особенности отдельных видов подряда, риск подрядчика существенно уточняется с учетом особенностей разных видов.

Так, правила о строительном подряде принимают во внимание его длительные сроки и зависимость многих условий строительства от заказчика. На последнего поэтому переносится ряд рисков. Так, ст. 652 устанавливает, что при разрушении или повреждении строящихся объектов вследствие непреодолимой силы до окончания срока сдачи работ заказчик обязан оплатить стоимость выполненных и (или) восстановительных работ. Значит, здесь мы имеем риск заказчика. Он же несет риск случайно наступившей невозможности исполнения работ. Упомянутая статья допускает страхование рисков подрядчика при включении страховых расходов в строительные издержки. Иначе говоря, расходы в конечном счете возмещаются заказчиком, который таким образом берет на себя риск случайных убытков.

Аналогичным образом ст. 662 установлен перенос с подрядчика на заказчика риска излишних расходов, связанных с консервацией строительства. Заказчик, предварительно принявший отдельные этапы строительных работ, несет риск их гибели или повреждений не по вине подрядчика, в том числе и в случаях, когда договором предусмотрено выполнение работ за риск подрядчика (п. 3 ст. 663).

Но одновременно в договоре строительного подряда усиливается риск подрядчика при охране окружающей среды и обеспечении безопасности строительных работ (ст. ст. 661, 663 ГК).

В нормах о договоре подряда на проектные и изыскательские работы также ослабляются правила о

риске подрядчика. Подпункт 5 ст. 669 обязывает заказчика возместить подрядчику дополнительные расходы, вызванные изменением исходных данных для проектирования вследствие обстоятельств, не зависящих от подрядчика.

На заказчика, если иное не предусмотрено законодательными актами либо договором, переносится также риск случайной невозможности исполнения договора на проектные и изыскательские работы (п. 2 ст. 667 ГК).

Снижение риска подрядчика по договорам на проектные и изыскательские работы объясняется обычно тем, что проектирование строительства, а особенно изыскательские работы не могут быть предвари-

213

тельно определены с достаточной полнотой и точностью. Поэтому подпункт 6 ст. 669 обязывает заказчика возместить подрядчику дополнительные расходы, вызванные изменением исходных данных для проектирования и изыскательских работ вследствие обстоятельств, не зависящих от подрядчика.

Еще в большей степени снижается риск подрядчика в договорах на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы. И здесь основной мотив снижения риска заключается в новизне разработок, производимых подрядчиком, в невозможности заранее определить результаты научной работы и ее эффективность.

Поэтому ст. ст. 680 и 681 ГК предусматривают, что в случае выявления невозможности достижения планируемых результатов научно-исследовательских работ вследствие обстоятельств, не зависящих от подрядчика (исполнителя), заказчик обязан оплатить подрядчику уже произведенные работы, но не свыше соответствующей части цены работ, указанной в договоре. Аналогичные последствия наступают при возникшей не по вине подрядчика невозможности или нецелесообразности продолжения работ по договору на опытно-конструкторские или технологические работы.

В договоре же бытового подряда явно усиливается риск подрядчика с целью более полной защиты интересов заказчика-потребителя. Для договора бытового подряда характерно разделение оснований ответственности между сторонами. Подрядчик по такому договору, будучи предпринимателем, отвечает за всякое нарушение договора, даже если невиновен в таком нарушении (п. 2 ст. 359 ГК). Заказчик! не будучи предпринимателем, отвечает перед подрядчиком только за нарушения своих обязанностей, в которых он виновен.

§ 2. Система генерального подряда в договорных подрядных отношениях

В договоре подряда может применяться система генерального подряда, при которой заказчик заключает подрядный договор с одним, главным исполнителем - генеральным подрядчиком. Генподрядчик берет на себя производство основных работ, а для других работ привлекает иных исполнителей - субподрядчиков (ст. 619 ГК).

Субподрядчики, если иное не предусмотрено законодательством или соглашением сторон, отбираются генеральным подрядчиком самостоятельно и в прямые правоотношения с заказчиком не вступают. Для них заказчиком является генеральный подрядчик, взаимоотношения с которым регулируются, если иное не предусмотрено законодательством или соглашением сторон, общими нормами, установленными для подрядных отношений.

Генеральный подрядчик отвечает перед заказчиком за все нарушения договора субподрядчиками, а перед последними - за все нарушения договора заказчиком. Если иное не предусмотрено договором, субподрядчик и заказчик не вправе предъявлять друг к другу требования, вытекающие из их взаимоотношений с генеральным подрядчиком.

При больших объемах работ, в частности, при значительной протяженности предмета работ, заказчик может привлечь к их исполнению несколько

генеральных подрядчиков (по отдельным участкам или комплексам работ).

Заказчик вправе, не создавая системы генерального подряда, привлечь к исполнению работ нескольких подрядчиков, непосредственно вступая в договорные отношения с каждым из них. И каждый из подрядчиков отвечает, если иное не предусмотрено договором, за свою долю работ по правилам долевой ответственности. Если же стороны договорятся об этом либо комплекс подлежащих исполнению работ неделим, подрядчики отвечают перед заказчиком по правилам о солидарной ответственности (п. 5 ст. 619, а также ст. ст. 286, 287 ГК).

Рассмотренные положения применимы также к случаям выполнения общего комплекса работ несколькими генеральными подрядчиками.

По соглашению сторон заказчик вправе передавать по договору подряда (генерального подряда) не все работы, входящие в данный комплекс. Оставшиеся (непереданные) работы заказчик может выполнять сам либо передать их выполнение отобранным исполнителям, с которыми он заключает непосредственные, прямые договоры, не входящие в систему генерального подряда. Исполнение подобных работ не связывается с исполнением работ по генподрядному договору и с ответственностью по этому договору.

§ 3. Обязанности подрядчика в договоре подряда

Основная обязанность подрядчика - выполнить (обеспечить выполнение) работы, предусмотренные договором в строгом и полном соответствии с полученным от заказчика заданием (заказом), и своевременно передать заказчику результаты работ.

Задание для подрядчика обычно готовит заказчик. Если подрядчик принимает такое задание без возражения или оговорок, то оно становится для него обязательным. При наличии возражений они устраняются при согласовании сторонами условий договора. Если стороны не устранят разногласий, договор не может считаться заключенным, поскольку не достигнуто соглашение по одному из его существенных условий - о предмете договора (ст. 393 ГК).

Возможны случаи, когда заказчик сам обращается к подрядчику с просьбой о подготовке задания, исполнение которого обеспечит подготовку нужного для заказчика предмета подряда. Подобное задание, одобренное (принятое) заказчиком, передается подрядчику для исполнения и становится существенным условием договора.

Подрядчик не только исполняет работы, но и сам, поскольку договором не предусмотрено иное, обязан организационно и материально обеспечить исполнение - подобрать специалистов, приобрести нужные материалы, найти необходимых субподрядчиков. Эта обязанность подрядчика прямо вытекает из ст. 617 ГК:

"1. Если иное не предусмотрено договором, работа выполняется иждивением подрядчика: из его материалов, его силами и средствами.

2. Подрядчик несет ответственность за ненадлежащее качество представленных им материалов и оборудования, а также за предос-

тавление материалов и оборудования, обремененных правами третьих лиц".

По соглашению сторон обеспечение материалами, оборудованием и иными средствами материального обеспечения работ может быть возложено на заказчика. Перечень таких средств должен быть четко определен сторонами, ибо те из названных средств, что прямо не определены соглашением сторон, относятся к обязанности подрядчика.

Но это не все. Подрядчик несет ответственность за качество представленных заказчиком материалов, если только не докажет, что недостатки таких материалов не могли быть им обнаружены при их надлежащей приемке (ст. 625 ГК).

Подрядчик также несет ответственность за сохранность всего имущества, переданного ему заказчиком, и за его надлежащее использование (ст. 626).

Кроме этого закон возлагает на подрядчика ответственность за прекращение ненужного вмешательства заказчика в выполняемые работы. В связи с этим ст. 628 ГК обязывает подрядчика немедленно предупредить заказчика о непригодности или недоброкачественности предоставленных им материалов, оборудования, технической документации либо имущества, переданного для обработки в ходе исполнения подряда, возможных неблагоприятных для заказчика последствий, вытекающих из его указаний о способе исполнения работы. Обязанность предупреждения распространяется также на иные, не зависящие от подрядчика обстоятельства, которые угрожают годности или прочности результатов работ либо их своевременному завершению.

При обнаружении перечисленных обстоятельств подрядчик должен приостановить работы до устранения заказчиком указанных причин возможных неблагоприятных последствий. Если заказчик в разумный срок не примет нужных мер, подрядчик вправе отказаться от договора и потребовать возмещения ему убытков, вытекающих из поведения заказчика.

И, напротив, подрядчик, не исполнивший возлагаемых на него ст. 628 ГК обязанностей, не вправе снять с себя ответственность за наступившие неблагоприятные последствия.

Закон возлагает на подрядчика обеспечение безопасности проводимых работ. Хотя прямо об этом говорит ст. 653 ГК применительно к договору строительного подряда, поскольку именно при проведении строительных работ необеспеченность их безопасности чаще всего приводит к тяжелым последствиям, обеспечение безопасности важно при производстве всех видов подрядных работ. И безопасность должна обеспечиваться тем, кто выполняет работы, то есть подрядчиком, причем речь идет не просто о соблюдении правил техники безопасности в порядке борьбы с производственным травматизмом, а о создании безопасности для всех окружающих.

Ст. 661 ГК специально предусматривает запрет для подрядчика использовать в ходе строительства материалы (детали, конструкции) и оборудование, предоставленные заказчиком, а также выполнять его указания, если это может привести к нарушению требований об охране окружающей среды или безопасности ведения строительных работ.

Об обязанности заказчика обеспечивать безопасные условия подрядных работ на принадлежащих заказчику объектах будет сказано ниже.

Работы должны быть выполнены подрядчиком в сроки, установленные договором. Ст. 620 ГК предусматривает определение сторонами начального и конечного сроков выполнения работы. Если они в договоре либо дополнениях к нему с полной определенностью не названы, то следует руководствоваться ст. 277 ГК, где сказано, что в случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, оно должно быть исполнено в разумный срок после возникновения обязательства.

Ранее, до введения в действие Основ гражданского законодательства, договор подряда, прежде всего, договор подряда на капитальное строительство продолжительностью свыше года, нередко заключался

217

в форме генерального договора, кроме которого стороны ежегодно заключали годовые договоры. В настоящее время законодательство не предусматривает такой обязательной системы, но стороны вправе помимо общего договора на строительство большого комплекса включать в этот же общий договор или в дополнительные договоры условия, развивающие положения общего договора, относящиеся к особенностям производства и завершения строительных работ по отдельным объектам комплекса.

Статья 620 ГК допускает помимо начального и конечного сроков выполнения работ устанавливать также сроки завершения отдельных этапов работ (промежуточные сроки).

Не исключено установление сторонами еще более конкретных сроков выполнения отдельных видов работ, например, устранения недостатков, обнаруженных в ходе работ или при их приемке.

Все названные сроки, согласованные сторонами, имеют обязательное значение, и их нарушение влечет ответственность нарушителя. В частности, ст. 627 (п. 2) дает заказчику право отказаться от договора и требовать от подрядчика возмещения убытков, если он своевременно не приступает к исполнению договора или выполняет работу настолько медленно, что ее окончание к сроку становится явно невозможным.

Сроки в договоре подряда могут устанавливаться не только для подрядчика, но и для заказчика. Например, сроки передачи стройматериалов, проектно-сметных документов. Но если нарушение заказчиком сроков исполнения своих обязанностей задерживает работы подрядчика, это может привести не только к ответственности заказчика за нарушение, но и к соразмерному переносу сроков выполнения подрядчиком работ, задержанных по причинам, зависящим от заказчика.

Закон, разумеется, требует от подрядчика надлежащего по качеству исполнения предусмотренных договором работ и, как следствие, надлежащего качества их результатов. Общие требования по качеству сформулированы ст. 632. Они сводятся к необходимости обеспечить использование предмета подряда по назначению, предусмотренному договором. Если же договор ничего об этом не говорит,

применяются обычные требования о качестве соответствующих работ.

Более высокий уровень требований к качеству установлен для подрядчиков-предпринимателей (п. 2 ст. 632). Если законодательными актами для некоторых видов работ, выполняемых подрядчиком в порядке предпринимательской деятельности, установлены специальные требования, они обязательно должны соблюдаться, хотя бы в до- **218** говоре об этом не упоминалось. Более высокие требования по качеству работ могут быть установлены договором, и тогда они становятся для подрядчика обязательными.

Подрядчик отвечает также за качество предоставленных им материалов по правилам ответственности продавца недоброкачественного товара (п. 5 ст. 635 ГК). Эта же ст. 635 определяет в общей форме, какие требования к подрядчику может предъявить заказчик по поводу недостатков:

- а) их безвозмездного устранения в разумный срок;
- б) соразмерного уменьшения цены, установленной за работу;
- в) устранения недостатков своими силами, если это право заказчика предусмотрено договором, за счет подрядчика (п. 1).

Проверка качества может проводиться во всякое время, а при приемке работ - обязательно.

При обнаружении недостатков в процессе работ заказчик вправе требовать их устранения. Если обнаруженные недостатки окажутся существенными и неустранимыми либо в установленный срок не устраняются подрядчиком, заказчик может отказаться от договора (то есть расторгнуть договор) либо поручить исправление недостатков третьему лицу за счет подрядчика, а также требовать возмещения убытков (п. 3 ст. 627). Подрядчик при этом обязан вернуть заказчику все полученное от него имущество, в том числе, материалы и оборудование (ст. 639). Если они израсходованы или по иной причине не могут быть возвращены, заказчику возмещается их стоимость.

Недостатки, обнаруженные в ходе промежуточной или частичной приемки, фиксируются в акте приемки. При этом либо приемка откладывается до их устранения, либо в акте указываются сроки устранения. При неустранивании допустимо требование заказчика об отказе от договора.

При обнаружении недостатков в процессе полной приемки возможны требования заказчика:

- а) отказаться от приемки;
- б) требовать устранения недостатков подрядчиком;
- в) самому устранить недостатки или поручить это устранение третьему лицу за счет подрядчика.

При всех спорах о недостатках следует учитывать ряд общих положений.

Во-первых, в случае приемки работ подрядчик, как уже отмечалось, отвечает лишь за недостатки, зафиксированные актом приемки, кроме тех, какие не могли быть выявлены обычно применяемыми методами проверки качества.

Во-вторых, подрядчик не вправе оправдываться ссылкой на плохое качество материалов, документов, указаний по производству работ, полученных от других лиц, в том числе и от заказчика, если он (подрядчик) не предупредил заказчика о непригодности его материалов и указаний (п.п. 1 и 2 ст. 628).

В-третьих, стороны могут заранее договориться об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки. Но это правило не должно применяться, если заказчик докажет, что недостатки появились по вине подрядчика (п. 4 ст. 635).

В-четвертых, если неустранимые недостатки не являются существенными, либо их устранение требует несоизмеримо больших расходов, и стороны не смогли соглашением решить спор, суд вправе признать договор выполненным, соразмерно уменьшив сумму вознаграждения, выплачиваемого подрядчику. Но применение данного способа разрешения конфликта допустимо лишь при условии, что неустраненные недостатки не препятствуют использованию предмета подряда по предусмотренному договором назначению.

В-пятых, если между сторонами возник спор о том, содержат ли выполненные работы недостатки или о характере недостатков, то должна быть назначена экспертиза по требованию любой из сторон. При подтверждении правоты заказчика расходы, связанные с проведением экспертизы, несет подрядчик; в случаях же, когда экспертизой установлено отсутствие недостатков либо причинной связи между недостатками и действиями подрядчика, расходы несет заказчик. Если экспертиза назначена по взаимному соглашению сторон, расходы делятся между ними пополам (п. 6 ст. 630 ГК).

Таковы общие положения о качестве выполненных по договору подряда работ.

Но они уточняются, иногда весьма существенно, применительно к различным по характеру недостаткам и к различным видам договора подряда.

Так, п. 2 ст. 635 предоставляет подрядчику право вместо устранения недостатков выполнить работу заново. Но если такие действия приведут к нарушению сроков выполнения работ, предусмотренных договором, возникает обязанность подрядчика возместить заказчику вызванные просрочкой убытки. Заказчик, разумеется, должен вернуть подрядчику ранее полученные от него результаты работ, которые подрядчик выполнил заново.

При обнаружении недостатков работ, уже принятых по договору бытового подряда, заказчик вправе требовать возврата соразмерной части цены либо возмещения расходов по устранению недостатков (п. 2 ст. 6/8).

При обнаружении недостатков во время приемки объекта строительного подряда заказчик может отказаться от приемки только, если недостатки являются неустранимыми и исключают возможность использовать результаты работ для указанной в договоре цели (п. 6 ст. 663). В остальных случаях могут быть применены иные меры защиты интересов заказчика, кроме отказа от приемки работ.

Статья 664 устанавливает ответственность строительного подрядчика даже за такие недостатки, как недостижение проектной производственной мощности строительства либо снижение или потерю прочности, устойчивости, надежности здания или сооружения, которые по договору подвергались реконструкции.

Для строительного подряда установлено необычное правило: заказчик имеет право требовать от подрядчика устранения и таких недостатков, за которые он не несет ответственности. И подрядчик вправе отказаться от такого устранения лишь в случаях, когда это непосредственно не связано с предметом договора, либо работы не могут быть выполнены подрядчиком по не зависящим от него обстоятельствам. Устранение данных недостатков производится, конечно, за счет заказчика (ст. 666 ГК).

Особенности ответственности подрядчика за недостатки по договору на проектные и изыскательские работы сводятся к следующему:

а) подрядчик отвечает и за такие недостатки проектной документации, какие обнаружены в ходе строительства и даже в ходе эксплуатации проектного объекта;

б) ответственность проектной организации сводится к безвозмездной переделке либо доделке проектно-сметной документации, а также к возмещению убытков;

в) требования, вытекающие из недостатков проектной документации, могут быть предъявлены лицом, использующим такую документацию, хотя бы оно не являлось заказчиком по ее изготовлению (ст. 672).

Нормы об особенностях подряда на научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы в части ответственности подрядчика за недостатки выполненных работ или недостижение тех показателей, какие согласно договору должны быть достигнуты в результате работ, значительно отличаются от норм, рассмотренных выше. Различия вытекают из характера научных работ. Если все иные разновидности подряда предусматривают выполнение уже известных специалистам приемов и методов, ведущих к ожидаемым результатам, и качество работ, включая их конечные результаты, целиком зависит от квалификации и добросовестности исполнителей, то научные работы, как выше уже говорилось, - это всегда (или в

большой мере) поиски приемов, средств и результатов, еще не известных практике и поэтому недостаточно предвидимых даже для самого квалифицированного и добросовестного исполнителя. Здесь - широкое поле для научного риска, не могущего гарантировать желаемого результата, нередко ведущего к отрицательному результату либо даже к невозможности достижения результата.

Эти обстоятельства отражаются в степени риска подрядчика, исполняющего научные работы. Они же определяют особенности ответственности подрядчика за недостатки работы. Так, статья 674 обязывает подрядчика производить научные исследования лично. Третьи лица могут привлекаться к таким работам только с согласия заказчика. Статья 679 включает в обязанности подрядчика устранять недостатки в технической документации, допущенные по его вине. В случае же невозможности достижения результатов по обстоятельствам, не зависящим от подрядчика, он не несет какой-либо ответственности перед заказчиком, напротив, последний обязан оплатить подрядчику стоимость уже проведенных работ. И больше никакой ответственности подрядчика (ст. 681 ГК).

За всякое иное нарушение подрядчика последний обязан возместить убытки, но, во-первых, в виде реального ущерба, но не упущенной выгоды (п. 4 ст. 9 ГК), и, во-вторых, в сумме, не превышающей договорную стоимость работ (ст. 682 ГК).

Требования об устранении недостатков могут быть предъявлены по скрытым недостаткам в течение года со дня принятия предмета подряда; по работам, связанным со зданиями и сооружениями, а также по другим работам, недостатки которых были умышленно скрыты подрядчиком, - три года. Трехгодичный срок установлен также по договору бытового подряда для устранения недостатков, угрожающих жизни или здоровью заказчика либо третьих лиц (ст. 648). Если работы принимались по частям, срок предъявления требований начинается течь со дня приемки работ в целом.

Существенным средством, стимулирующим соблюдение подрядчиком требований о качестве предмета подряда, служит гарантийный срок, применяемый во многих гражданско-правовых отношениях. Применительно к правоотношениям, связанным с передачей непотребляемого имущества его производителем или продавцом потребителю (покупателю, заказчику), гарантийный срок - это период времени, в течение которого производитель (продавец, подрядчик, исполнитель работ) отвечает перед потребителем за появившиеся недостатки, кроме тех, что связаны с действиями потребителя или посторонними для сторон обстоятельствами. Это определение достаточно полно накладывается на договорные подрядные отношения. **222**

Статья 633 уточняет: результаты работы подрядчика, переданные заказчику, должны соответствовать требованиям ст. 632 в течение всего гарантийного срока, причем гарантия распространяется на все элементы предмета подряда (п. 2 ст. 633).

Если иное не предусмотрено договором, гарантийный срок начинается течь с того момента, когда результаты выполненной работы были приняты или должны были быть приняты заказчиком (ст. 634 ГК).

Гарантийный срок отличается от общего срока предъявления требований об устранении недостатков

(п. 5 ст. 630) не только продолжительностью, но и иным распределением бремени доказывания.

В обычных случаях заказчик обязан доказать не только наличие недостатков, но и то, что они вытекают из работ, выполненных подрядчиком. При обнаружении недостатков в течение гарантийного срока заказчику достаточно доказать, наличие недостатков. И, если подрядчик желает освободиться от ответственности, именно он обязан доказать, что обнаруженные недостатки не вытекают из подрядных работ.

Для отдельных видов подряда комментируемая глава устанавливает некоторые особенности гарантийных сроков. Особенно отчетливо это проявляется в отношении строительного подряда.

Уже отмечалось, что подрядчик отвечает за все недостатки строительства не только перед своим непосредственным заказчиком, но и перед его правопреемниками по эксплуатации выстроенного объекта. Таким образом, строительная фирма, построившая дом по заказу частного застройщика, который затем продал квартиры выстроенного дома многочисленным покупателям, будет отвечать за недостатки всего дома перед избранным жильцами органом управления кондоминиумом (п. 6 ст. 209 ГК), а за строительные недостатки отдельных квартир - перед их собственниками.

Еще более усиливается защита интересов заказчика против недоброкачественного строительства при установлении гарантийного срока. И здесь подрядчик гарантирует достижение запроектованных производственных или иных эксплуатационных показателей при том, что срок составляет 10 лет со дня принятия выстроенного объекта заказчиком, если иная продолжительность гарантийного срока не установлена законодательными актами или договором строительного подряда.

Точный текст п. 2 ст. 665 ГК предусматривает, что строительный подрядчик отвечает за недостатки, обнаруженные до истечения гарантийного срока, не только тогда, когда они являются следствием недоброкачественности работ, но и тогда, когда произошли по обстоятельствам, не зависящим от сторон. Закон освобождает подрядчика от такой ответственности, если недостатки возникли вследствие нормального износа либо неправильных действий самого заказчика (неправильная эксплуатация, например) либо лиц, связанных с заказчиком.

Статья отдельно не отвечает на вопрос об ответственности подрядчика за недостатки, причиной которых послужили действия третьих лиц, не связанных с заказчиком, либо случайные посторонние обстоятельства вплоть до непреодолимой силы. Приведенный текст рассматриваемой нормы возлагает как будто и в этом случае обязанности по устранению недостатков на подрядчика, но подобное толкование закона представляется неправильным, ибо, во-первых, между действиями подрядчика и недостатками отсутствует причинная связь и, во-вторых, подобное толкование прямо противоречит п. 1 ст. 652 ГК, регулирующей особенности риска подрядчика в договоре строительного подряда. В этом отношении более четко сформулировано основание ответственности в пределах гарантийного срока продавца за недостатки проданного имущества: продавец не отвечает за недостатки, возникшие вследствие действий третьих лиц (п. 2 ст. 429 ГК).

Правилами подрядного законодательства введены еще некоторые дополнительные меры защиты интересов заказчика, которые сформулированы применительно к отношениям строительного подряда, но по логике содержания вполне применимы и к другим видам подрядных отношений. Среди таких мер можно назвать приостановление течения гарантийного срока на период, когда объект не мог эксплуатироваться из-за допущенных подрядчиком недостатков работ вплоть до их устранения; обязанность заказчика без задержки известить подрядчика о недостатках, обнаруженных в течение гарантийного срока; право заказчика, (если это предусмотрено договором) удержать часть сметной стоимости работ до завершения гарантийного срока (п. п. 3, 4, 5 ст. 665). И все это при десятилетнем гарантийном сроке.

Как видим, правовых средств воздействия на недобросовестного подрядчика достаточно. Но практика до сих пор их в полной мере не освоила и применяет редко.

Правила, специально регулирующие договор подряда на проектные и изыскательские работы, ничего не говорят о гарантийном сроке. Это значит, что в виде общего правила проектная организация отвечает за недостатки подготовленного проекта в течение трех лет со дня приемки изготовленной документации (п. 5 ст. 630) и без учета распределения бремени доказывания, применяемого при гарантийных сроках (см. выше). Но стороны, конечно, вправе определить продолжительность гарантийного срока более высокой, нежели общий срок ответственности подрядчика за недостатки работ, предусмотренный п. 5 ст. 630.

Заметим также, что передача предмета подряда от одного субъекта другому производится в общих рамках правопреемства, то есть не прерывает и не приостанавливает течения ни гарантийного, ни общего срока ответственности за ненадлежащее качество работ.

Среди обязанностей подрядчика следует упомянуть также **передачу им заказчику информации**, необходимой для эксплуатации и правильного использования передаваемого предмета подряда. Статья 637 ГК устанавливает: "Подрядчик обязан передать заказчику вместе с результатом работы информацию, касающуюся эксплуатации или иного использования предмета договора".

Объем информации может быть определен в условиях подрядного договора. Но независимо от этого закон непосредственно обязывает подрядчика к передаче информации, без знания которой невозможно использование результата работ для цели, указанной в договоре.

Применительно к договору бытового подряда ГК указывает на необходимость сообщать клиенту о требованиях, которые необходимо соблюдать для эффективного и безопасного использования изготовленной или переделанной вещи либо иного результата работы. Информация может предназначаться и для третьих лиц, которые с разрешения заказчика могут пользоваться такими результатами (ст. 643).

Этого мало. Подрядчик обязан еще до заключения договора бытового подряда представить необходимую и достоверную информацию об условиях предполагаемой работы и ее оплаты. Если по характеру работы это имеет значение, то подрядчик

должен сообщить заказчику, кто именно будет такую работу выполнять (ст. 644 ГК).

Нарушение правил передачи информации, появление или передача ложной информации дает право заказчику требовать расторжения договора и возмещения убытков, вызванных неправильным использованием предмета подряда заказчиком, не получившим должную информацию.

Подрядчик и в дальнейшем может быть привлечен к ответственности, если допущенное по его вине незнание заказчиком нужной информации приведет к повреждению предмета подряда либо к причинению неисправным предметом ущерба другому имуществу заказчика. Не исключено и применение правил о внедоговорной ответственности за причинение вреда вследствие недостатков работ (ст. ст. 947- 950 ГК).

§ 4. Участие заказчика в исполнении договора подряда

Основным исполнителем работ по договору подряда является, конечно, подрядчик. Но и **заказчик во многих случаях является активным участником исполнения**. Нередко именно от него зависит сама возможность производства работ. Такое участие закон относит либо к правам, либо к обязанностям заказчика.

Законом предусмотрены различные формы участия заказчика в отношениях подряда, содействующие либо обеспечивающие исполнение работ. Прежде всего **заказчик должен дать задание подрядчику**, которое достаточно полно определяло бы характер подлежащих исполнению работ и их результат. Задание заказчика может быть изложено устно или письменно в минимально необходимой форме.

Но по некоторым видам подряда законы предъявляют особые требования к заданию заказчика. Так, в договоре строительного подряда задание заказчика содержится не только в обычных предложениях и разъяснениях, но главным образом в проекте строительства, определяющем, какие работы должны быть выполнены и каковым должен быть их результат (ст. 654 ГК). Подрядчик при выполнении строительных работ не вправе отступать от проекта. При обнаружении ошибок проектно-сметной документации либо при выявлении необходимости ее дополнений подрядчик должен незамедлительно предупредить об этом заказчика, а последний обязан ответить на такое предупреждение. Если подрядчик не выполнит этой обязанности, он лишается права требовать оплаты дополнительных работ, кроме случаев, когда имеет место приостановление работ.

И, напротив, отсутствие ответа заказчика на сообщение подрядчика дает последнему право приостановить строительные работы и требовать возмещения убытков.

Следует отметить, что, если при устранении ошибок проекта строительства выяснится необходимость производства дополнительных работ и заказчик согласится на их дополнительную оплату, то подрядчик не вправе отказаться от их исполнения, кроме случаев, когда работы не могут быть выполнены по не зависящим от подрядчика причинам (п. 6 ст. 654 ГК).

Весьма важными представляются **обязанности заказчика по материальному обеспечению исполнения работ**. Виды, формы и объем такого обеспечения весьма разнообразны.

Договор может предусматривать предоставление заказчиком материалов для работ. Общими подрядными правилами предусмотрено, что работы выполняются иждивением подрядчика: из его материалов, 226 ' его силами и средствами (ст. 617). Но договор вправе изменить такие диспозитивные правила, и тогда заказчик отвечает за своевременное и полное принятое на себя обеспечение работ материалами. В свою очередь и подрядчик принимает при этих условиях на себя обязанность проверить качество и пригодность материалов, использовать их разумно и экономно, вернуть остатки материалов или зачесть их стоимость при оплате работ (ст. 625). Более того, подрядчик несет ответственность за ненадлежащее выполнение подрядных работ, вызванное непригодностью материала, переданного заказчиком, если не докажет, что эти недостатки не могли быть обнаружены при надлежащем внимании, проявленном при получении материалов от заказчика.

Вместе с этим ст. 661 ГК предусматривает, что подрядчик не вправе использовать в ходе осуществления работ материалы (детали, конструкции) и оборудование, предоставленные заказчиком, или выполнять его указания, если это может привести к нарушению требований об охране окружающей среды или нарушению безопасности ведения работ.

Весьма развернуто глава о подряде ГК предусматривает материальное обеспечение заказчиком работ в договоре строительного подряда. В обычных случаях именно заказчик должен обеспечить строительство по проектно-сметной документации. Заказчик может по договору принять на себя обязанность обеспечения строительства не только материалами, но также деталями, конструкциями. При сооружении промышленных объектов именно заказчик чаще всего обеспечивает строительство оборудованием будущего предприятия.

Заказчик обязан предоставить для строительства земельный участок в том состоянии, какое необходимо для его использования в строительстве (ст. 658). Согласно п. 2 ст. 8 Закона о земле земельные участки гражданам и негосударственным юридическим лицам под строительство зданий, в том числе жилых домов, и сооружений предоставляются в частную собственность заказчика. Это требование Закона о земле необходимо согласовать с п. 4 ст. 651 ГК, где сказано, что собственником незавершенного строительства до его сдачи заказчику и оплаты работ является подрядчик.

Между тем, ст. 37 Закона о земле устанавливает, что право собственности на земельный участок неотделимо от права собственности на недвижимость, находящуюся на данном участке. Следует поэтому толковать приведенный п. ст. 651 ГК таким образом, что незавершенное строительство еще не может рассматриваться как объект недвижимости. Это пока еще - комплект материалов, деталей и конструкций, принадлежащий подрядчику.

Не менее важными представляются **обязанности заказчика по передаче здания или сооружения, нужного для обеспечения** строительных работ либо относящегося к фронту работ, необходимому для строительства. И вообще фронт работ для подрядчика, если они производятся в помещении заказчика, обеспечивается последним.

На отдельно расположенных стройках заказчик принимает на себя обычно обязанности

предоставления транспортных услуг, электро-, тепло-, водоснабжения, складских помещений и площадок, общежитий для работников стройорганизации по месту строительства и других подобных услуг. Все это предоставляется за плату, предусмотренную договором (ст. 659 ГИ).

Услуги подобного рода могут быть заблаговременно включены в смету строительства и удержаны при расчетах заказчика со строительной организацией. Предоставление услуг, заранее незапланированных, оплачивается вне сметы. На практике заказчик нередко разрешает подрядчику пользоваться строящимися объектами (как правило, помещениями) для временного размещения там своих работников, складирования материалов и оборудования, устройства пунктов управления и т.п. Обычно это пользование не оплачивается и прекращается до передачи объекта заказчику.

Значительным может быть объем обеспечения заказчиком работ по договору с проектно-изыскательскими организациями. Например, ст. 669 возлагает на заказчика обязанность оказывать подрядчику услуги в проведении проектно-изыскательских работ в объеме и на условиях, предусмотренных договором. Услуги могут относиться к предоставлению информации, созданию возможности работать на строительной площадке, высказывать замечания по подготовленным документам. Еще более обширные услуги предоставляются подрядчику, проводящему геологические, географические, природоохранные и иные подобные изыскания. Здесь возможна помощь транспортом, жильем, механизмами и даже подсобными работниками. Все это производится на возмездных основах расчетами или зачетами.

При неисполнении заказчиком предусмотренных договором обязанностей по обеспечению работ, подрядчик вправе требовать возмещения убытков, включая дополнительные издержки, вызванные простоем, либо увеличения цены работы.

Поскольку предметом договора подряда являются работы, от хода и характера которых зависит их результат, передаваемый заказчику, **последний должен быть допущен к контролю за ходом работ.** Соответственно заказчику предоставлено право во всякое время проверять ход и качество работ (п. 1 ст. 627). При большом объеме работ и длительности периода их исполнения заказчик для целей контроля **228** может иметь на месте исполнения своего постоянного представителя, особенно на крупных стройках.

Объектом проверки и контроля служат обычно темпы работ и их качество.

При выявлении случаев, когда подрядчик явно задерживает исполнение работ (либо не приступает к ним, либо ведет их слишком медленно), заказчик вправе расторгнуть договор (по терминологии п. 2 ст. 627 - отказаться от договора). При этом он не обязан оплатить подрядчику уже выполненные работы, ибо для заказчика это - бросовые работы, то есть убытки, какие он вправе взыскивать с подрядчика. Лишь в случаях, когда уже произведенные работы выразились в объективированном результате, имеющем самостоятельную рыночную цену, подрядчик может требовать или оплаты заказчиком такого результата или оставления его у подрядчика. Выбор должен принадлежать заказчику.

Подобные права предоставлены заказчику также при обнаружении некачественного выполнения работ. Последствия предусмотрены п. 3 ст. 627.

Специальные правила о контроле и надзоре заказчика за ходом строительных работ содержит ст. 660, где заказчику предоставлено право наблюдать за ходом и качеством работ, за соблюдением сроков их выполнения (графика), за качеством предоставленных подрядчиком материалов, а также за правильностью использования подрядчиком материалов заказчика. Эти действия заказчика ограничены лишь тем, чтобы не вмешиваться в оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика. Подрядчик обязан исполнить указания заказчика по устранению недостатков в работах, если указания не противоречат условиям договора и не являются вмешательством в упомянутую оперативно-хозяйственную деятельность подрядчика.

Статья 660 помещена в параграфе, посвященном договору строительного подряда, но выраженные в ней правила применимы, как нам кажется, ко всем подрядным отношениям.

В то же время надзор и контроль за работами - это право, а не обязанность заказчика, и поэтому подрядчик, ненадлежащим образом исполнявший работы, не вправе ссылаться на то, что заказчик не осуществлял должного контроля или надзора за их исполнением. Исключения возможны лишь для случаев, когда специфика работ не позволяет выявить их дефекты без участия заказчика, и законодательство либо договор прямо определяют необходимость контроля за подобными работами, определяя таковой в качестве обязанности заказчика.

§ 5. Приемка и оплата заказчиком выполненных работ

Важное внимание уделено законодательством **приемке** выполненных подрядчиком работ. Общее правило вытекает из определения понятия договора подряда: заказчик **обязан принять** выполненные работы, точнее, результаты работ. Но это относится к конечному результату. В практике же встречаются и иные виды приемки: промежуточная, частичная, полная, государственная. Некоторые из этих видов вытекают из договоренности, другие - из обязательных законодательных предписаний.

Главное назначение всех видов приемки - проверить качество работ. Поэтому ст. 630 устанавливает, что заказчик обязан при приемке с участием подрядчика осмотреть результаты выполненной работы и при отступлении от условий договора, ухудшающем работу, или при обнаружении иных недостатков немедленно заявить об этом подрядчику. В дальнейшем заказчик вправе ссылаться на недостатки, обнаруженные при приемке, если они отражены в документе, удостоверяющем приемку.

Приемка результатов работ без проверки качества лишает заказчика права ссылаться на их явные недостатки. Но и проведение приемки с проверкой качества не освобождает подрядчика от ответственности за недостатки, обнаруженные после приемки работы, если они не могли быть установлены при обычных способах принятия работ (скрытые недостатки) либо при приемке были умышленно скрыты подрядчиком от заказчика.

Уклонение заказчика от приемки может привести к нарушению сроков завершения работ. Подрядчик не должен нести ответственность за такую просрочку, и право собственности на вещь, изготовленную при

подряда, переходит к заказчику в момент передачи вещи, но риск случайной гибели несет просрочившая сторона (п. 2.2 ст. 190 ГК).

Как вытекает из буквального текста ст. 630, эти правила должны применяться при всех видах приемки, предусмотренных договором или законодательством.

Промежуточная приемка производится обычно в отношении тех работ, которые скрываются последующими конструкциями либо предназначаются для больших механических, химических или других подобных нагрузок. Например, прочность несущих колонн может быть проверена до того, как на эти колонны будут смонтированы блоки, площадки, помещения, балки или иные тяжеловесные конструкции. Качество ячеек фундамента может быть проверено до закрытия фундамента неразъемными бетонными плитами. /

Частичная приемка применяется, как правило, в случаях, когда предметом подряда является сложный комплексный объект, отдельные элементы которого могут эксплуатироваться самостоятельно: блоки жилого дома, гараж предприятия, подъездной путь и т.п. При частичной приемке, в отличие от приемки промежуточной, заказчик не только проверяет и подтверждает выполнение определенных работ, но также берет в фактическое владение их результаты и вправе их эксплуатировать по предусмотренному договором назначению. Поэтому частичная приемка в числе других последствий ведет к переходу риска случайной гибели предмета подряда с подрядчика на заказчика.

Пункт 3 ст. 663 связывает такой переход рисков с приемкой заказчиком отдельных этапов работ. Но речь может идти о приемке не всяких этапов, а о таких, когда отдельные объекты переходят во владение заказчика, то есть - о частичной приемке.

Полная приемка производится по всему объекту, составляющему предмет договора подряда. Она проводится комиссией, образуемой соглашением сторон, в которую могут входить и представители субподрядчиков, и независимые эксперты, и другие лица, совместно приглашенные заказчиком и подрядчиком. При такой приемке проверяется в полной мере качество завершеного объекта, включая апробацию на сырье, проведение любых эксплуатационных работ, испытание под нагрузкой производственных механизмов и агрегатов (п. 5 ст. 663).

Подписание сторонами (комиссией) акта полной приемки означает выполнение подряда, и ведет к списанию объекта подряда с баланса подрядчика на баланс заказчика, переход к заказчику титула собственника (или субъекта иного вещного права). Возникает обязанность полной оплаты заказчиком выполненных работ, обязанность произвести регистрацию объекта подряда, если обязательность такой регистрации предусмотрена законодательством.

Но даже полная приемка не подводит абсолютной черты под отношениями сторон, так как при такой приемке могут быть обнаружены недостатки. В зависимости от их характера комиссия может отложить приемку до устранения недостатков либо принять объект с недостатками, установив подрядчику срок их устранения. В этом случае и после подписания акта полной приемки сохраняются обязанности подрядчика перед заказчиком и ответственность за нарушение обязанностей.

В случаях, порядке и с последствиями, предусмотренными законодательством, возможно

проведение государственной приемки. Обычно такая приемка производится при изготовлении (строительстве) объектов, эксплуатация которых затрагивает серьезные публичные интересы. При этих условиях объект считается принятым и подлежит государственной регистрации только после надлежащего завершения государственной приемки.

В некоторых случаях, предусмотренных законодательными актами, участие надлежащих государственных органов обязательно и при приемке отдельных видов работ или частичной приемке самостоятельно эксплуатируемых элементов объекта договора подряда, если это связано с необходимостью проверки безопасности такой эксплуатации для окружающих либо экологической безопасности (п. п. 2 и 7 ст. 663 ГК).

Для строительного подряда детальный порядок приемки и оформления выполненных работ установлен ст. ст. 73-79 Закона о строительной деятельности.

Глава 32 ГК предусматривает ответственность заказчика за уклонение от приемки выполненных работ, так как это уклонение вызывает дополнительные затруднения и расходы подрядчика, связанные с задержкой расчетов и необходимостью обеспечить сохранность предмета подряда. Пункт 7 ст. 630 предусматривает для таких случаев право подрядчика после истечения месячного срока ожидания и двукратного предупреждения продать результаты подрядных работ и удержать из вырученной суммы все платежи, причитающиеся подрядчику.

Статьей 649 эти положения специально уточнены для договора бытового подряда.

Оплата работ как общая основная обязанность заказчика установлена определением договора подряда (п. 1 ст. 616 ГК). Из формулировки статьи вытекает, что оплата должна производиться после приемки заказчиком результатов работ.

Сумма оплаты работ по договору подряда может определяться:

- а) непосредственным соглашением сторон;
- б) сметой. Если же предварительной договоренности не было и смета не составлялась, то в случае споров между сторонами расчетная сумма устанавливается с учетом обычных применяемых цен за аналогичные работы в соответствии со ст. 385 ГК.

Смета, то есть предварительно составленный документ, определяющий стоимость отдельных видов работ и их общую стоимость, может предлагаться заказчиком или подрядчиком, но приобретает юридическую силу только после ее согласования обеими сторонами договора (ст. 621). Эта статья предусматривает возможность составления приблизительной или твердой сметы. При отсутствии соглашения сторон по этому вопросу смета должна считаться твердой.

Приблизительная смета намечает лишь ориентировочную стоимость предстоящих работ и, если в процессе их исполнения выяснится что не все они были учтены или что их стоимость оказалась выше предполагаемой, подрядчик вправе требовать соответствующего повышения оплаты. Доказывание необходимости превышения приблизительной сметы возлагается на подрядчика. Если необходимость превышения сметы доказана, но заказчик не соглашается с повышенной оплатой, подрядчик вправе требовать расторжения договора и оплаты уже

выполненных работ по их фактической (повышенной) стоимости.

Но закон требует также, чтобы подрядчик своевременно предупредил заказчика о необходимости превышения приблизительной сметы. Следует полагать, что своевременность включает также предупреждение, переданное заказчику до производства работ, которые не были предусмотрены приблизительной сметой или стоимость которых в приблизительной смете была занижена. При нарушении такого условия, то есть при несвоевременности предварительного предупреждения, заказчик не обязан дополнительно оплачивать работы, о которых он не был предупрежден.

Изменение приблизительной сметы в сторону снижения ее итоговой суммы не дает права заказчику на соответствующее уменьшение оплаты работ, поскольку ст. 622 ГК предусматривает, что вся экономия, достигнутая в процессе исполнения договора, остается у подрядчика, кроме случаев, когда стороны приняли иное соглашение или когда экономия достигнута за счет снижения качества работ.

При твердой смете заказчик обязан оплатить ее сумму. Превышение стоимости работ, предусмотренных твердой сметой, не идет за счет заказчика, поскольку входит в понятие риска подрядчика, о котором говорилось выше. Это правило распространяется и на случаи, когда при составлении сметы нельзя было заранее предусмотреть полный объем работ, подлежащих выполнению, или полный объем всех необходимых расходов.

Но из текста п. 5 ст. 621 ГК вытекает возможность превышения также и твердой сметы. Во-первых, при выявлении счетной ошибки в составленной смете. Во-вторых, если уже после заключения договора произошло повышение цен, учитывавшихся при составлении твердой сметы, на материалы, оборудование или иные материальные ресурсы, предоставляемые подрядчиком. Доказать такое повышение обязан подрядчик, причем речь идет не о повышении, произведенном поставщиком или иным контрагентом подрядчика, а об общем повышении рыночной цены на данные материалы или иные ресурсы.

Если заказчик откажется оплачивать подрядные работы сверх стоимости, предусмотренной твердой сметой, подрядчик вправе требовать расторжения договора с оплатой уже выполненных работ по их повышенной (если таковая подтверждается) цене, кроме тех работ, о повышении цен на которые он (заказчик) не был своевременно предупрежден.

Повышение цен на материалы, предоставляемые для работ заказчиком, не может вести к изменению твердой сметы.

Сметами (приблизительной или твердой) может определяться стоимость всех работ не только по договору строительного подряда, как это нередко полагают, но также по договорам на выполнение проектно-изыскательских, научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ. Закон не запрещает сторонам составлять комбинированные сметы, которые в твердых показателях определяют стоимость работ, предусмотренных проектом, но включают также резервные суммы на не предвиденные проектом работы и затраты. Такие сметы целесообразны, в частности, когда сам характер работ не позволяет определить их более или менее точный объем (подземные, дноуглубительные и т.п. работы).

Что касается договора бытового подряда, то там применение смет и вообще определение цены договора отличается некоторыми особенностями. Поскольку названный договор нередко относится к договорам присоединения (ст. 389 ГК), цена работ может предусматриваться бланками, формулярами, типовыми формами без специального согласования их с заказчиком. Последний вправе отказаться от заключения договора, цена которого его не устраивает, но не может требовать внесения изменений в цену, кроме случаев, когда она составлена незаконно или когда подрядчик согласен с изменением цены.

Подрядчик не вправе навязывать заказчику включение в договор дополнительных возмездных работ или услуг. Во всяком случае, заказчик вправе отказаться от оплаты таких работ или услуг (п. 1 ст. 641).

И, наконец, при определении цены в договоре соглашением сторон она не может быть выше прейскурантной цены, объявленной подрядчиком (ст. 647).

Порядок оплаты работ устанавливается, как правило, по соглашению сторон. Здесь применимы различные варианты.

Во-первых, авансовые платежи заказчика. Они могут применяться и до начала работ, и в ходе их производства. Обычно требование подрядчика об авансовых платежах мотивируется необходимостью заранее закупать материалы или оборудование для будущего объекта.

Во-вторых, плановые платежи с установленной очередностью: ежедекадные, ежемесячные, ежеквартальные и т.п. Обычно периодичность связывается сторонами с общим сроком и темпами выполнения работ.

В-третьих, платежи по мере завершения циклов, комплексов работ или отдельных объектов общего предмета подряда. В таких случаях, как правило, оплата производится после промежуточной или частичной приемки оплачиваемого объекта.

В-четвертых, полная оплата работ после их полной приемки заказчиком. При полной оплате

зачитываются все ранее выполненные авансовые и промежуточные платежи. Полная оплата производится при условии, что все работы выполнены надлежащим образом и в установленный срок. Досрочное выполнение работ не ведет к их автоматической досрочной оплате. Досрочная оплата возможна по соглашению сторон (ст. 623).

Оплата обычно осуществляется путем перечисления заказчиком денег на счет подрядчика. В сумму платежей, как правило, зачитывают деньги, которые подрядчик должен заказчику за материалы, оборудование, оказанные услуги и т. п. Допускаются, конечно, если нет прямых законодательных запретов, также расчеты наличными деньгами, особенно в договоре бытового подряда.

В качестве средства обеспечения своевременности и полноты платежей общие положения о подряде предусматривают право подрядчика на удержание (ст. 624). Удержание - это способ обеспечения надлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 292 ГК). В соответствии со ст. 624 подрядчик до погашения денежных обязанностей заказчика вправе задержать передачу находящегося у него имущества заказчика, среди которого не только результаты выполненных работ, но и вещи, переданные подрядчику для ремонта или переработки, имущество, переданное в порядке оказания заказчиком производственных услуг подрядчику и т. п.

Закон (п. 2 ст. 624 ГК) допускает также удержание, производимое заказчиком из суммы оплаты работ по договору, для покрытия расходов по устранению недостатков, обнаруженных при приемке работ от подрядчика. Но такое право удержания должно быть предусмотрено договором.

§ 6. Конфиденциальность в договоре подряда

Законодательство уделяет значительное внимание неимущественной стороне подрядных отношений, которая касается конфиденциальности и защиты личных абсолютных прав участников договора, прежде всего, прав подрядчика на объекты интеллектуальной собственности.

Важность соблюдения конфиденциальности вызвана вероятным использованием подрядчиком таких способов и средств производства работ, какие он может отнести к своей коммерческой тайне. По некоторым видам работ (например, научно-исследовательских) возможны результаты, обладающие признаками творческой новизны и подлежащие правовой защите. Кроме этого к коммерческой тайне стороны могут относить и другие условия договора, обычно закрываемые от посторонних лиц во многих коммерческих контрактах.

Общая норма о конфиденциальности информации, содержащей новые решения и новые знания, хотя бы и не подлежащие правовой охране, содержится в ст. 638. Соответственно на заказчика возлагается обязанность не передавать сведения об этих решениях и знаниях третьим лицам. Конкретизация такой обязанности проведена в ряде норм об отдельных видах договора подряда. Так, подпункт 2 ст. 669 обязывает заказчика использовать полученную от подрядчика проектно-сметную документацию только на цели, предусмотренные договором, не передавать такую документацию третьим лицам и без согласия подрядчика не разглашать содержащиеся в

ней данные. Аналогична норма подпункта 1 ст. 676, относящаяся к договорам на научные работы.

Вместе с этим следует учитывать, что нарушение коммерческой тайны защищается общими нормами о последствиях нарушения договоров или о причинении вреда. Иначе говоря, за нарушение названной обязанности подрядчик вправе требовать от заказчика возмещения убытков, доказав их размер и то, что они явились результатом разглашения заказчиком указанных выше сведений. Аналогичные обязанности сохранять коммерческие тайны заказчика возлагаются и на подрядчика.

Вполне возможна передача подрядчиком заказчику сведений, которые можно рассматривать как защищаемые правом, объекты интеллектуальной собственности - изобретения, полезные модели, промышленные образцы. Это относится, главным образом, к договорам на научно-исследовательские либо на опытно-конструкторские и технологические работы. Результаты подобных работ могут быть запатентованы подрядчиком, однако, поскольку они сделаны в ходе выполнения задания заказчика, патентование допускается только с согласия последнего (ст. 676). В свою очередь, заказчику не нужно приобретать какие-либо лицензии для использования запатентованных результатов.

По этим же мотивам ст. 677 ГК устанавливает ограничения и для подрядчика, и для заказчика при использовании результатов работ.

Заказчик безусловно вправе использовать результаты работ для себя. Ограничения использования, о которых говорит п. 1 ст. 677, относятся, конечно, только к передаче заказчиком новых материалов третьим лицам. А в ст. 670 предусмотрен запрет для подрядчика передавать проектно-сметную документацию третьим лицам без согласия заказчика.

Более серьезные ограничения для подрядчика, которому договором может быть запрещено использование работ даже для себя. Все ограничения могут быть смягчены или вовсе сняты по соглашению сторон.

Эти же намерения обеспечить защиту результатов интеллектуальной деятельности развиваются далее в ст. 679, подпункт 2 п. 1 которой устанавливает **обязанности подрядчика соблюдать требования, связанные с правовой охраной интеллектуальной собственности.** Пункт 2 ст. 679 предусматривает дополнительные обязанности подрядчика в отношении использования новшеств, подготовленных для заказчика по его заказу и за его счет. Подрядчик обязан воздерживаться от публикации без согласия заказчика научно-технических результатов, полученных при выполнении заказа, и принимать меры для защиты результатов, способных к правовой охране, то есть способных быть объектами интеллектуальной собственности. И, наконец, **при** патентовании результатов (а патентование, как говорилось выше, возможно с согласия заказчика - ст. 676) подрядчик обязан выдавать заказчику, если в договоре не предусмотрено иное, исключительную лицензию на использование работы, обладающей правовой защитой научно-технических результатов. Как известно, выдача **исключительной** лицензии запрещает лицензиару выдавать аналогичные лицензии другим лицам.

Поскольку право интеллектуальной собственности является **абсолютным** и может ограничиваться лишь законом или договором, **возникает вопрос о временных пределах ограничений** правомочий подрядчика или, соответственно, заказчика.

Здесь, по нашему мнению, возможны два ответа в зависимости от характера объекта такой собственности.

В случае, если объект не имеет правовой охраны (не защищен патентом), подрядчик связан периодом действия договора или его содержанием. Например, условиями договора ему (подрядчику) может быть запрещено разглашение конфиденциальных сведений, составляющих коммерческую тайну, в течение двух лет после окончания действия договора. При отсутствии в договоре подобных запретов подрядчик связан лишь до прекращения договорных отношений с заказчиком.

В случае, если новшества, применяемые подрядчиком, пользуются правовой охраной, и заказчик получает от подрядчика исключительную лицензию, ограничения должны применяться до завершения срока действия лицензии.

С передачей подрядчиком права пользования объектами интеллектуальной собственности связана возлагаемая на подрядчика **гарантия правовой чистоты передаваемых объектов**. Глава 32 ГК определяет это в нормах о договорах подряда на проектно-изыскательские, научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы. Так, в ст. 671 говорится, что подрядчик по проектным и изыскательским работам гарантирует заказчику отсутствие у третьих лиц права воспрепятствовать или ограничить выполнение работ на основе подготовленной подрядчиком проектно-сметной документации. Аналогичная норма содержится в подпункте 5 п. 1 ст. 679.

§ 7. Некоторые особенности отдельных видов договора подряда

Выше были изложены общие положения договора подряда и сопоставлены с ними особенности правового регулирования отдельных видов подряда. Некоторые особенности, прямо не сопоставимые с общими положениями, остались не рассмотренными.

Особенностью договора бытового подряда, например, является то, что подрядчиком выступает предприниматель (им может быть индивидуальный предприниматель - гражданин), а заказчиком - гражданин-потребитель, удовлетворяющий бытовые или личные (не предпринимательские) потребности. Вследствие этого предметом договора не могут быть работы, которые непосредственно используются в предпринимательских целях, а сам договор бытового подряда относится к публичным договорам (ст. 640), особенности которого установлены ст. 387 ГК.

Публичный договор во многих областях гражданского права обладает также качествами договора присоединения (ст. 389 ГК). И договор бытового подряда также заключается обычно в форме договора присоединения (ст. 632), то есть путем присоединения заказчика (в данном договоре он обычно именуется клиентом) к уже подготовленному стандартному образцу, бланку, формуляру и т.п. Но если в таком бланке, образце и т.п. в общем перечне предусмотрены виды работ, не нужные

заказчику-клиенту, последний вправе, предупредив об этом подрядчика, отказаться от них и после такого отказа не должен их оплачивать даже в случае исполнения.

При выполнении работы из материалов подрядчика стороны могут договориться об оплате заказчиком материалов при заключении договора полностью или частично, при принятии результатов работы. По соглашению сторон возможна оплата в рассрочку или в кредит (п. 1 ст. 645 ГК).

С позиций различия устной и письменной формы сделки ст. 642 ГК считает допустимым заключение договора в устной форме, так как признает возможность подтвердить заключение договора или его условий свидетельскими показаниями. В обычных же условиях бытового подряда клиент подписывает документ, подготовленный подрядчиком, и в подтверждение договора получает квитанцию.

Применительно к другим видам договоров подряда глава 32 ГК не содержит специальной нормы о форме их заключения. Здесь поэтому должны применяться общие правила о форме, удостоверении и регистрации договоров.

Как и в других подрядных договорах, заказчик вправе прекратить его исполнение в любое время, уплатив подрядчику вознаграждение за выполненную часть работы (п. 4 ст. 627 ГК). Но для бытового подряда специально предусмотрено, что договорный запрет, лишаящий заказчика этого права, является недействительным (п. 2 ст. 641).

В интересах клиента в бытовом подряде не разрешается увеличение предусмотренной цены договора, если после его заключения повысились цены на материалы, предоставленные подрядчиком (п. 2 ст. 645). Напротив, оценка стоимости материалов, обозначенная в договорных документах, может быть в суде оспорена заказчиком (ст. 646), разумеется, с целью ее снижения. Это - исключение из общего правила.

Неявка заказчика за получением результатов выполненной работы либо его иное уклонение от приемки дает подрядчику право, письменно предупредив заказчика, через два месяца после такого предупреждения самостоятельно продать предмет подряда за разумную цену и вычесть из нее причитающееся за работу вознаграждение. Эта норма не лишает подрядчика права альтернативно применить в данной ситуации удержание, предусмотренное ст. 624 ГК, или требовать возмещения убытков (ст. 649 ГК).

Специально для бытового подряда ст. 650 ГК установлена возможность его досрочного прекращения в случае смерти гражданина, выступающего одной из сторон договора. Последствия определяются соглашением правопреемника умершего с другой стороной. Суд при недостижении соглашения разрешает спор, учитывая уже выполненные работы и произведенные затраты.

Наиболее важными **правовыми особенностями** отличается договор строительного подряда. Многие из них уже рассмотрены выше. Но на некоторые следует обратить внимание здесь.

Согласно п. 2 ст. 651 ГК договор строительного подряда заключается на строительство или реконструкцию объекта, а также на выполнение монтажных, пусконаладочных и иных работ, неразрывно связанных со строящимся объектом. Правила о строительном подряде применяются также при капитальном ремонте зданий и сооружений, если иное не предусмотрено договором.

При определении структуры генерального подряда в строительстве следует учитывать, что ст. 66 (п. 11) Закона о строительной деятельности запрещает передачу от генподрядчика субподрядчикам более двух третей объема (по стоимости) работ, предусмотренных договором строительного подряда.

Специфическим договором строительного подряда является договор о строительстве "под ключ" (п. 3 ст. 651). По такому договору подрядчик принимает на себя все обязанности своими силами и средствами построить заданный объект, который передается заказчику в готовом виде, в состоянии, пригодном к немедленной эксплуатации. Такой строительный подряд вплотную примыкает к договору купли-продажи по образцу. При строительстве "под ключ" на подрядчика могут быть перенесены все возможные строительные риски (п. 4 ст. 652 ГК). Объектами строительства "под ключ" чаще всего бывают непромышленные здания, жилые дома, гостиницы и т. п.

При строительстве "под ключ" заказчик утрачивает право постоянно проверять ход строительства, проводить промежуточные и частичные приемки и т. п.

Полная оплата выстроенного объекта производится, если иное не предусмотрено договором, после приемки объекта заказчиком (п. 2 ст. 657 ГК).

Но кое-какие контакты в ходе строительства между подрядчиком и заказчиком целесообразны (например, при выборе вариантов внутренних конструкций). Возможна промежуточная оплата работ. Стороны, разумеется, вправе своим соглашением включить в договор о строительстве "под ключ" и иные элементы обычного строительного подряда.

Полагаем, что при отсутствии в договоре иных условий на строительство "под ключ" должны распространяться общие положения об ответственности подрядчика за качество строительства, о гарантийном сроке и другие нормы, защищающие интересы заказчика после завершения строительства.

Из текста ст. 651 ГК, определяющей понятие строительного подряда с учетом его специфики, можно сделать вывод, что этот договор регулирует правоотношения между предпринимателями. Поэтому **пои** постройке жилого дома или иного здания (сооружения) для личного потребительского использования заказчиком-гражданином должны применяться особенности не строительного, а бытового подряда (п. 5).

Законом (п. 2 ст. 651) допускается включение в договор строительного подряда условия, согласно которому подрядчик берет на себя обязанность обеспечить после приемки заказчиком выстроенного объекта его эксплуатации в течение срока, определенного сторонами. Такая дополнительная

услуга строительного подрядчика должна пониматься, дополнительно оплачиваться. И на это время, полагаем, за подрядчиком сохраняются все риски, свойственные строительному подряду.

Особенностью строительного подряда является принципиально важное положение о проектно-сметной документации для регулирования взаимоотношений сторон. Проект строительства должен содержать все работы, подлежащие исполнению, а смета - их полную цену. Эти положения документов обязательны для сторон. Договором строительного подряда должны быть определены состав и содержание проектно-сметных документов, а также - какая из сторон и в какой срок должна представить соответствующие чертежи, расчеты, таблицы, разъяснения. Работы, предусмотренные проектно-сметной документацией, но не выполнявшиеся подрядчиком, оплате не подлежат. Напротив, выявившаяся в ходе строительства необходимость производства дополнительных работ должна быть при согласии заказчика принята подрядчиком к исполнению и дополнительно оплачена, кроме случаев, когда подрядчик отказывается от производства таких работ по мотивам их несоответствия профессиональной деятельности подрядчика либо невозможности их исполнения по независящим от подрядчика причинам.

Подрядчик вправе требовать внесения необходимых изменений в проектно-сметную документацию и, соответственно, дополнительной оплаты, кроме случаев, когда такая документация составлялась по его (подрядчика) заказу. И, наконец, подрядчик имеет право требовать пересмотра сметы в случаях, когда по независящим от него причинам стоимость работ превысила сметную стоимость не менее, чем на десять процентов (п. 3 ст. 655).

Значительными особенностями отличается приемка отдельных этапов строительных работ и всего законченного строительства. Поэтому правила, регулирующие саму процедуру, с учетом этих осо-

бенностей помещены в разделе, посвященном особенностям строительного подряда. Так, ст. 663 ГК устанавливает, что заказчик, получивший от подрядчика извещение о готовности сдачи выполненных работ, обязан немедленно приступить к принятию их результатов. Заказчик, если иное не предусмотрено договором, реализует и осуществляет приемку за свой счет. Приемка оформляется актом, подписываемым сторонами, а в необходимых случаях представителями надлежащих государственных органов. Отказ одной из сторон от подписания акта автоматически не лишает его юридической силы. Но суд вправе признать такой акт недействительным, если отказ от его подписания будет признан обоснованным.

Эта же ст. 663 определяет (п. 6), что заказчик вправе отказаться от приемки результатов работ при обнаружении неустранимых недостатков, которые исключают возможность использования результатов работ для указанной в договоре цели.

Заказчик также вправе требовать внесения изменений в проектно- сметную документацию. Если такие изменения не требуют дополнительных работ подрядчика или удлинения срока выполнения работ, то они (изменения) не влияют на расчеты сторон. Изменения, требующие дополнительных расходов, вызывают дополнительную оплату в согласованных сторонами размерах (ст. 655 ГК).

И еще одна особенность договора строительного подряда, связанная с консервацией строительства, о которой выше уже упоминалось. При такой консервации все расходы, связанные и с оплатой уже выполненных работ, и с необходимостью их прекращения (например, переброска подрядчиком строительных машин и механизмов в другое место) и с проведением самой консервации, возлагаются на заказчика. Подрядчик несет лишь расходы, связанные с консервацией, причиной которой послужили его собственные действия (ст. 662 ГК).

Среди особенностей правового регулирования подряда на проектные и изыскательские работы следовало бы отметить обязанность заказчика возместить подрядчику-проектанту дополнительные расходы, обусловленные изменением исходных данных для проектирования или изыскательских работ, если это вызвано обстоятельствами, не зависящими от подрядчика (подпункт 5) ст. 669 ГК). И подрядчик, и заказчик должны совместно согласовывать готовую проектно-сметную документацию при ее рассмотрении компетентными государственными органами (подпункт 4) ст. 669 и подпункт 2) ст. 670 ГК). Статья 669 ГК обязывает также заказчика привлечь подрядчика-проектанта к участию в судебном деле по иску, предъявленному к заказчику третьим лицом в связи с недостатками проектной документации или изыскательских работ.

242

Более высокий уровень защиты интересов подрядчика в договорах на проведение научных исследований, опытно-конструкторских и технологических работ проявляется и в определении более мягких условий ответственности таких подрядчиков за неисполнение или ненадлежащее исполнение договоров. Так, статья 682 ГК устанавливает для них ответственность только при наличии вины, в то время как общее правило (п. 2 ст. 359 ГК) возлагает на предпринимателя

безвиновную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства.

Объем ответственности, как уже отмечалось, ограничивается, если **иное не** предусмотрено договором, реальным ущербом заказчика. **Ему не** возмещаются неполученные доходы.

Помимо тех видов подряда, особенности которых предусмотрены главой 32 ГК, **законодательные акты относят к подрядным договорам также иные виды правоотношений, отличающиеся значительной спецификой.** Прежде всего, среди них следует назвать **подряд, применяемый в сфере недропользования.** Особенности такого подряда определены Указами о недрах и о нефти с последующими изменениями. Тесты названных указов не применяют слова "подряд" для обозначения предмета регулирования, но называют основного исполнителя работ, производимых при недропользовании, **подрядчиком**, признаки которого определяются названными указами **однозначно:** это физическое или юридическое лицо, заключившее с компетентным органом (уполномоченным государственным органом) контракт на проведение операций по недропользованию (ст. 1 Указа о недрах). То же и в ст. 1 Указа о нефти, но вместо операций по недропользованию говорится о нефтяных операциях.

Как видим, договор (контракт) **подрядом** не именуется, но исполнитель работ по контракту именуется **подрядчиком**. По-видимому это вызвано тем, что контракт содержит помимо элементов подряда также другие элементы, не охватываемые этим понятием (инвестиции, решение социальных вопросов, использование подрядчиком результатов работ и т. п.).

Что же касается чисто подрядных отношений, то они сводятся к производству **подрядчиком** за вознаграждение работ в сфере недропользования по согласованному сторонами плану. И в этой части к отношениям сторон могут быть применимы общие правила о договоре подряда, но лишь в той части, в какой это не противоречит специальному законодательству о недропользовании (п. 4 ст. 616 ГК).

К наиболее же существенным особенностям подряда в сфере недропользования можно отнести следующее.

Выступление в качестве заказчика по контракту государства в лице его компетентного (уполномоченного) органа. Это несомненно влияет на характер интересов заказчика в исполнении контракта (публичные и социальные интересы) и на его, заказчика, реальную власть. Именно государство в субсидиарном порядке отвечает по всем требованиям подрядчика, вытекающим из нарушения контракта.

Особый, более сложный порядок заключения контракта: проведение, как правило, предварительного конкурса на предоставление права недропользования.

Особые права компетентного органа по приостановлению, изменению и прекращению действия контракта, по контролю за деятельностью подрядчика.

Особое понятие приемки результатов выполненных подрядчиком работ. Детально такое понятие результатов с учетом характера работ раскрывается названными выше законодательными актами.

Особый характер вознаграждения за работу подрядчика. Оно заключается в основном не в выплате подрядчику определенных денежных сумм, а в предоставлении подрядчику права полностью или частично обращать в свою собственность добытые им полезные ископаемые, которые в недрах находились в собственности государства.

Раздел VII. ДОГОВОРЫ ПО ОКАЗАНИЮ УСЛУГ

Глава 42. Возмездное оказание услуг

Обязательства по оказанию услуг. Глава 33 ГК, посвященная возмездному оказанию услуг, является новой для гражданского законодательства Казахстана. Впервые такая глава появилась и в ГК **других стран** СНГ (например, глава 39 ГК РФ, глава 38 ГК Республики Узбекистан и т. п.).

Ранее эти отношения регулировались ведомственными нормативными актами либо вообще не регулировались. Участникам гражданского оборота нередко приходилось руководствоваться нормами о сходных правоотношениях, прибегая к аналогии закона.

Выделение главы об оказании услуг связано также с **необходимостью** приведения норм Особенной части ГК в соответствие с положениями Общей части ГК. Услуги выделяются как **самостоятельная разновидность объектов гражданских прав** (ст. 115 ГК). **Обязательства по оказанию услуг** рассматриваются в теории гражданского права, наряду с обязательствами по передаче имущества и **выполнению работ, как большая и самостоятельная группа договорных обязательств.**

Между тем договора услуг как самостоятельного института в гражданском кодексе не существовало. Были отдельные виды договора услуг (договоры комиссии, поручения, хранения, перевозки, эксплуатации, займа, страхования и других).

⁷²³ Понятие "**услуги**" является неоднозначным. Есть экономическое понятие "услуги", когда в него вкладывается практически любая полезная деятельность, то есть при таком толковании услуга будет выступать содержанием всех гражданско-правовых договоров.

Известно также высказывание К. Маркса о разграничении услуг, воплощающихся и не

воплощающихся в товарах⁵¹. При таком понимании услуга может выступить содержанием договоров подряда, с одной стороны, и договоров услуг, с другой стороны.

Для выделения собственно договора услуг как договорного типа **используется** признак, что предметом договора услуг являются **услуги как деятельность, не имеющая вещественного результата**.

Разграничение договоров подряда и возмездного оказания услуг берет начало в римском праве. Имеется в виду признание в качестве самостоятельной разновидности найма, в частности locatio-conductio operis (найма работ, ставшего подрядом) и locatio-conductio operatum (найма услуг). Среди ряда особенностей первого договора можно указать на то, что цель, на которую он направлен, составляет экономический результат (opus). Этого признака был лишен договор услуг. Таким образом, речь шла, с одной стороны, о договоре "найма", предметом которого являлись труд и его результат, а с другой - о договоре на оказание услуг, имевшим своим предметом труд как таковой лишенный отдельного от него результата.

По этим основаниям необходимо проводить различие между договором подряда и договором возмездного оказания услуг. По договору подряда подрядчик обязуется выполнить по заданию заказчика определенную работу и сдать её заказчику в установленный срок, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его (уплатить цену работы) (п. 1 ст. 616 ГК). По договору услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

По договору подряда конечной целью является получение определенного материального результата, и именно этот результат подлежит принятию и оплате. По договору услуг наличие материального результата не имеет значения для признания договора исполненным, здесь оплачивается услуга как таковая, соответственно, стадии сдачи и приемки, как правило, не выделяются. В обязанности исполнителя входит совершение определенных действий, а заказчика - их оплата (обязанности принятия результата услуги здесь нет).

В юридической литературе высказываются возражения против признания главным признаком договора услуг отсутствия вещественной формы оказываемых услуг. Указывается на то, что предметом договора могут быть как нематериальные услуги, так и материальные. Например, отправление писем, бандеролей, посылок при исполнении договора оказания услуг связи; предоставление транспортных средств при туристическом обслуживании; оказание медицинских услуг по различным видам протезирования⁵².

⁵¹ См.: Маркс К. Энгельс Ф. Соч. Т. 26. Ч. 1. С. 414.

⁵² См. об этом: Сулейменов М.К. Структура договорно-хозяйственных связей. Алма-Ата: изд-во "Наука", 1980. С. 173-176.

Однако даже при наличии материального результата главным в договоре услуг является не он, а те действия неимущественного характера, которые ему предшествуют (медицинское обследование, организация туристического тура и т. п.). При оказании услуги продаётся не сам результат, а действия, к нему приведшие. В отличие от договора подряда, где, наоборот, имеет значение только результат и не принимаются во внимание предшествовавшие ему действия, материальный результат является скорее способом, орудием достижения неовеществлённого результата.

Некоторые авторы даже предлагают в случаях, когда деятельность услугодателя получает какое-либо определённое выражение, существующее отдельно от исполнителя, ограничивать такие отношения от обязательств по оказанию услуг. Например, консультация аудиторской фирмы, предоставленная в устной форме, будет охватываться отношениями по оказанию услуг, а письменное заключение той же фирмы должно регулироваться нормами о договоре подряда, поскольку наличие вещественного результата - письменного заключения определяет предмет обязательства как выполнение работы по написанию письменного заключения⁵³.

Вряд ли разумно одни и те же действия рассматривать как самостоятельные отношения, однако в случаях, когда материальный результат приобретает самостоятельное юридическое значение, возможно говорить о применении норм о смешанном договоре (ст. 381 ГК), охватывающем отношения услуг и подряда.

Таким образом, необходимо различать общее понятие «обязательство по оказанию услуг», которое выделяется в гражданском праве как большая группа договоров, наряду с обязательствами по передаче имущества в собственность и пользование и обязательствами по производству работ. К обязательствам по оказанию услуг относятся, в частности: транспортные обязательства, в том числе перевозка, буксировка, транспортная экспедиция; банковское обслуживание; поручение; комиссия; хранение; доверительное управление имуществом; франчайзинг; факторинг⁵⁴.

В эту большую группу обязательств включаются и обязательства по возмездному оказанию услуг, к которым относятся все обязательства по оказанию услуг, не урегулированные специально ГК.

Следовательно, необходимо различать помимо общего понятия, понятие «обязательство по возмездному оказанию услуг», закреплённое в главе 33 ГК, которая распространяется на все виды договора услуг, не охваченные нормами ГК, регулирующими отдельные виды договора услуг. В главе 33 всего 5 статей, она формулирует самые общие положения, поэтому при заключении договора, подпадающего под действие этой главы, сторонам следует очень внимательно подходить к определению его условий, формулируя их как можно определённой. В случае возникновения спора многое зависит также от суда, в частности, при определении того, какие нормы договора подряда могут быть применены к договору услуг. Договор услуг как правовой институт находится в стадии формирования, и законодательство о нём ещё не устоялось. Со временем, возможно, в главе 33 ГК

⁵³ См.: Гражданское право: Учебник. Часть 2 // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., "Проспект", 1998. С. 545.

⁵⁴ См. об этом § 1 главы 27 настоящего учебника (том 1).

будут сформулированы нормы о договоре услуг, имеющие общее применение ко всем видам договоров услуг, как урегулированным, так и не урегулированным ГК.

Понятие договора возмездного оказания услуг. По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги (п. 1 ст. 683 ГК).

Из определения следует, что договор является консенсуальным, взаимным, возмездным.

Сторонами договора возмездного оказания услуг являются исполнитель и заказчик. В принципе ими могут быть и юридические, и физические лица. Однако ограничения их субъектного состава могут вытекать из существа обязательства. Так, по договору об оказании услуг телефонной связи исполнителем может выступать только юридическое лицо; по договору об оказании аудиторских услуг только юридическое лицо может выступать в качестве заказчика.

Ограничения субъектного состава договора могут быть связаны также с необходимостью получения лицензии на осуществление определённого вида услуг (услуг связи, медицинских, аудиторских, юридических и других). Договор, заключённый с исполнителем, не имеющим соответствующей лицензии, может быть признан недействительным на основании п. 1 ст. 159 ГК.

Договор возмездного оказания услуг может быть публичным договором, когда коммерческая организация по характеру своей деятельности должна оказывать услуги каждому, кто к ней обратится (ст. 387 ГК). В ст. 387 ГК названы, в частности, услуги связи, медицинское, гостиничное обслуживание. Сюда можно добавить туристическое обслуживание и иные услуги.

Ко многим договорам возмездного оказания услуг применимы также правила ст. 389 ГК о договоре присоединения, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору. По правилам догово- 248 / ра присоединения заключаются, например, договоры об оказании туристических услуг.

Отличие договора возмездного оказания услуг от договора подряда заключается, в частности, в том, что предполагается (если иное не установлено договором) обязательное исполнение договора лично **исполнителем** (ст. 684 ГК). Эта норма является исключением из общего правила ст. 276 ГК о возможности возложения должником исполнения обязательства на третье лицо. В договоре подряда, напротив, презюмируется возможность привлечения к исполнению третьего лица (ст. 619 ГК).

Виды договоров возмездного оказания услуг. В п. 2 ст. 683 **1 К** перечисляются виды договоров, к которым применяются правила главы о возмездном оказании услуг: договоры оказания услуг связи, медицинских, ветеринарных, аудиторских, консультационных, информационных услуг, услуг по обучению, туристическому обслуживанию и иные. Приведённый перечень не является исчерпывающим, так как закон упоминает иные договоры. Далее говорится об исключениях, к которым правила главы 42 не должны применяться. Речь идёт об услугах, оказываемых по

договорам, предусмотренным главами ГК: о подряде, перевозке, транспортной экспедиции, хранении, поручении, комиссии, доверительном управлении имуществом.

Все договоры, к которым не применяются правила главы 33 ГК, являются договорами услуг. Выпадает из этого списка договор подряда, который договором услуг не является. Это некоторая неточность законодателя. Объяснение этому может быть найдено именно в сходстве и родственном единстве договора подряда и договора услуг, вытекающим из понятия "услуга" в широком смысле слова. Поэтому во избежание сомнений было отмечено, что глава 33 не применяется

и к договору подряда.

Сходство договоров подряда и услуг подчёркивается также тем, что общие положения о подряде (ст. ст. 616-639) и положения о бытовом подряде (ст. ст. 640-650) применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит ст. ст. 683-686 ГК, а также особенностям предмета договора возмездного оказания услуг (ст. 687 ГК).

Субсидиарное применение норм о подряде позволяет устранить возможные пробелы и использовать стандартные положения договора подряда, которые имеют сходство с услугами.

В то же время не все нормы о подряде могут быть применены к услугам. Это положения, которые противоречат, во-первых, нормам главы 33 ГК; во-вторых, особенностям предмета договора возмездного оказания услуг. То есть не применяются те положения договора подряда, которые противоречат сущности договора услуг, тем особенностям предмета (совершение действий, не имеющих вещественного результата), которыми договор услуг отличается от договора подряда (выполнение и сдача заказчику работ). В частности в этих случаях вряд ли возможно применение ст. ст. 630 (приёмка выполненных работ заказчиком), 631 (расчёты между сторонами в случае гибели предмета подряда) и другие.

В соответствии с п. 2 ст. 683 ГК можно выделить некоторые виды договоров возмездного оказания услуг, по сферам хозяйственной и социально-культурной деятельности:

- услуги связи и информации;
- медицинские услуги;
- услуги социального характера;
- ветеринарные услуги;
- аудиторские услуги;
- правовые услуги;
- туристско-экскурсионные услуги;
- спортивно-оздоровительные услуги;
- санаторно-курортные услуги;
- культурно-зрелищные услуги⁵⁵.

Нормы об отдельных видах оказания услуг сформулированы в ряде других нормативных правовых актов. Например, Закон РК от 18 октября 1993 г. "Об аудиторской деятельности в Республике Казахстан (Ведомости Верховного Совета РК, 1993 г., № 17, ст. 421)- Указ Президента РК, имеющий силу Закона, от 25 июля 1995 г. "О ветеринарии" (Ведомости Парламента РК, 1995 г., № 14, ст. 94); Закон РК от 3 июля 1992 г. "О туризме" (Ведомости Верховного Совета РК 1992 г № 16, ст. 388); Закон РК от 19 мая 1997 г. "Об охране здоровья граждан в Республике Казахстан" (Ведомости Парламента РК,

⁵⁵ См. подробнее об некоторых видах услуг: Гражданское право: Учебник В 2 т Том II. Полутом 2//Отв. ред. Е.А.Суханова. 2е изд. М.: Изд-во БЕК, 2000. С. 13-

1997 г №> 10, ст. 109); Закон РК от 7 июня 1999 г. "Об образовании" (Юридическая газета, 1999 г., 16 июня) и другие.

Содержание договора. Содержание договора возмездного оказания услуг составляют обязанность исполнителя оказать услугу и обязанность заказчика оплатить ее.

Обязанность исполнителя вытекает из конкретного вида договора возмездного оказания услуг. Место и срок исполнения услуги, если это не предусмотрено в договоре, в ряде случаев может определяться общими положениями обязательственного права.

Основной обязанностью заказчика является оплата оказанных ему услуг. Срок и порядок оплаты устанавливается договором (п.1 ст. 685 ГК).

В ст. 685 ГК закреплены принципы распределения между сторонами риска недостижения результата при невозможности исполнения. В этом одно из существенных отличий договора оказания услуг от договора подряда. В договоре подряда риск случайного неисполнения возлагается на подрядчика, в договоре оказания услуг в вопросе, связанном с последствиями неисполнения договора, действуют общие правила оснований ответственности за неисполнение обязательства (ст. 359 ГК). То есть действует правило ответственности за вину. Объясняется это тем, что в силу самого характера услуги достижение результата не гарантируется, поэтому заказчик, заключая договор оказания услуг, заранее принимает риск случайного неисполнения на себя.

В соответствии с этим, если исполнитель виновен в неисполнении обязательства, он отвечает по общим правилам ст. 359 ГК. Однако в случае невозможности исполнения, возникшей по вине заказчика, услуги подлежат оплате в полном объеме (п. 2 ст. 685 ГК). В случае, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы (п. 3 ст. 685 ГК).

Компенсацию расходов исполнителя не следует рассматривать как ответственность заказчика. Это скорее возврат сторон в первоначальное положение, когда в силу невозможности возвратить в натуре то, что он получил от исполнителя в качестве услуги, заказчик обязуется выплатить исполнителю денежную компенсацию.

Нелишне подчеркнуть, что данные правила носят диспозитивный характер и могут быть изменены законодательными актами или договором.

Стороны вправе в любое время отказаться от исполнения договора. Следует подчеркнуть, однако, что ГК уделяет большое внимание охране интересов заказчика. Исполнитель вправе отказаться от исполнения обязательства по договору лишь при условии полного возмещения заказчику убытков, причиненных расторжением договора, кроме случая, когда это произошло по вине заказчика (п. 2 ст. 686 ГК). На заказчика же возлагается обязанность оплаты исполнителю лишь фактически понесенных им расходов (п. 1 ст. 686 ГК). То есть упущенная выгода, например, исполнителю не возмещается. Так как исполнитель ещё не оказал услугу полностью, он не имеет права на полное возмещение убытков, ему возмещаются лишь расходы на подготовку к оказанию услуг и стоимость части фактически оказанных услуг.

Глава 43. Договор перевозки

§ 1. Роль транспорта в экономике и социальной сфере Республики Казахстан. Виды транспорта. Управление транспортом

Транспорт призван своевременно и качественно обеспечивать во внутреннем и в международном сообщениях потребности населения в перевозках и услугах, жизнедеятельность всех отраслей экономики и национальную безопасность государства, формирование рынка перевозок и связанных с ними услуг, эффективное развитие предпринимательской деятельности. Государство осуществляет регулирование и контроль за деятельностью транспорта, развитие его материально-технической базы, а также удовлетворяет основные потребности в составе государственных нужд.

Магистральные виды транспорта относятся к естественной монополии, что определяет особые условия их развития и функционирования

Отличительная экономическая особенность транспорта состоит в том, что он не создает каких-либо материальных объектов, а обеспечивает их перемещение в пространстве. Перевозка людей и вещей рассматривается как продукция транспортного производства.

Транспортная услуга представляет две составляющие - транслокация, то есть перемещение с одного места в другое, и транспортно-экспедиционное обслуживание. Отсюда транспорт имеет четыре компонента: пути сообщения, перевозочные средства (подвижной состав суда, самолеты), средства тяги и терминалы.

Исходя из этого транспортная услуга делится на следующие части- перевозочную; стивидорную, то есть осуществление погрузочно-разгрузочных операций; тальманскую - продажу услуг, счета грузов-складскую - торговлю услугами хранения грузов и реализацию других вспомогательных сопутствующих услуг (например, тары и упаковки, сортировки грузов и т. д.).

Виды транспорта. Согласно ст. 1 Закона о транспорте "транспорт Республики Казахстан - это зарегистрированный на ее территории железнодорожный, автомобильный, морской, внутренний водный городской электрический, в том числе метрополитен, а также находящийся на территории Республики Казахстан магистральный трубопроводный транспорт".

По способу реализации услуг транспорт различается на транспорт общего пользования и транспорт не общего (частного) пользования. 1 К (ст. 695) исходит из того, что "перевозка, осуществляемая коммерческой организацией, признается перевозкой транспортом общего 252 пользования, если из законодательных актов, иных нормативных правовых актов или выданной этой организации лицензии (патента) вытекает, что эта организация обязана осуществлять перевозки пассажиров, грузов и (или) багажа по обращению любого гражданина или юридического лица.

Договор перевозки транспортом ²²⁹ общего пользования является публичным договором (ст. 387 ГК)».

К транспорту общего пользования относится железнодорожный транспорт, линейное морское и речное судоходство с движением по объявленному расписанию и с перевозкой грузов по опубликованному тарифу, регулярный автомобильный и воздушный транспорт.

Транспортом не общего пользования являются осуществляемые ИМ перевозки, не отвечающие требованиям публичного договора, а именно: внутрипроизводственное перемещение товаров промышленным транспортом; перевозки трамповыми судами морского и речного флота; нерегулярные автомобильные и воздушные перевозки по индивидуальным договорам и ценам.

В настоящее время практически большинство видов транспорта приватизировано, кроме железных и автомобильных дорог общего пользования, включая инженерные сооружения на них, судоходные водные пути, маяки, устройства и навигационные знаки, регулирующие и гарантирующие безопасность судоходства, аэронавигационные устройства системы управления воздушным движением, сети телекоммуникаций, инженерные сети, связанные с обеспечением безопасности полетов воздушных судов, а также метрополитен (ст. 3 Закона о транспорте).

К железнодорожному транспорту относится "Казакстан темір жолдары" - Национальная железнодорожная компания (организация, собственником которой является государство, созданная для оказания услуг магистральной железнодорожной сети); к автомобильному транспорту - государственные автопредприятия и созданные в результате их приватизации автопредприятия частной собственности; к речному транспорту - предприятия внутреннего водного транспорта; к воздушному транспорту - государственные авиапредприятия и частные авиакомпании; к городскому, электрическому транспорту - предприятия трамвайного и троллейбусного транспорта; к трубопро-

Управление транспортом в Республике Казахстан осуществляется Министерством транспорта и коммуникаций. Министерство коммуникаций является центральным исполнительным органом Республики Казахстан, осуществляющим руководство, а также в пределах предусмотренных законодательством, межотраслевую координацию в транспортном, информатизационном и коммуникационном комплексе². Министерство имеет ведомства: Комитет транспортного контроля, Комитет автодорог, Комитет по связи и информатизации.

Система органов транспорта Республики Казахстан в ходе экономических реформ претерпела радикальные изменения и представляет собой все формы коммерческих юридических лиц: национальная железнодорожная компания, предприятия, хозяйственные товарищества, акционерные общества и производственные кооперативы.

§ 2. Транспортное законодательство Республики Казахстан

Юридической основой **транспортного законодательства** является Конституция Республики Казахстан. Согласно п. 2 ст. 688 ГК общие условия перевозки определяются законодательными актами о транспорте, иными законодательными актами и изданными в соответствии с ними правилами. Таким образом, предусмотрен принцип: общие условия перевозки регулируются совокупностью нормативных актов, образующих в целом систему транспортного законодательства. Она складывается из: а) норм гражданского законодательства, определяющих общие вопросы

правового регулирования транспорта, независимо от видов транспорта, и б) норм специального транспортного законодательства.

К числу общего законодательства относятся нормы гражданского, административного, финансового, налогового, процессуального права. Так, например, ГК устанавливает ответственность сторон по перевозкам, разрешает вопросы исковой давности и т. д.

В соответствии с п. 2 ст. 3 ГК норма гражданского права, содержащаяся в иных законах, должна соответствовать ГК.

Несмотря на прямое указание закона, в литературе проблема соотношения гражданского и транспортного законодательства (а также проблема общего и специального права) в связи с кодификацией гражданского законодательства является спорной. Так, В.А. Рахмилович считает, что законы, посвященные отдельным видам коммерческих операций и коммерческих отношений, являются ничем иным, как дополнениями к Гражданским кодексам, потому что содержащиеся в них нормы частного права являются специальными нормами гражданского права по отношению к нормам гражданских кодексов, к общегражданским нормам⁵⁶.

В.Б. Козлов и П.А. Фалилеев отмечают, что п. 2 ст. 3 ГК отменили в правовой доктрине и законодательстве принцип *lex specialis derogat generali*, подлежащий применению при коллизии Кодекса и специальных законов⁵⁷.

Надо сказать, что принцип *lex specialis derogat generali* осуществлен как в зарубежной юридической литературе, так и в законодательстве.

Законодатель установил, что общие условия перевозки определяются законодательными актами о транспорте. Пока предусмотренные законодательные акты для ряда видов транспорта РК еще не приняты, но в соответствии с ст. 3 Закона РК "О введении в действие Гражданского Кодекса Республики Казахстан (Особенная часть)" "впредь до приведения законодательных и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Республики Казахстан, в соответствии с ГК РК (Особенная часть), законодательные и иные нормативные правовые акты Республики Казахстан применяются постольку, поскольку они не противоречат ГК РК (Особенная часть)".

Систему транспортного законодательства составляют:

- 1) законодательные акты о транспорте;
- 2) иные законодательные акты;
- 3) изданные в соответствии с законодательными актами правила.

Законодательными актами о транспорте сегодня являются: Закон о транспорте в Республике Казахстан от 21 сентября 1994 года; Указ Президента РК, имеющий силу Закона, от 20 декабря 1995 года "Об использовании воздушного пространства 23И

⁵⁶ См.: Рахмилович В. А. О достижениях и просчетах нового гражданского кодекса Российской Федерации (Государство и право, 1996, № 4, С. 119); Брагинский М. И. Договоры: от общего к частному. // В кн.: "Гражданский кодекс России". Ч. 2: Договоры и другие обязательства. М., 1995. С. 225.

⁵⁷ См.: Козлов В. Б., Фалилеев П. А. Соотношение общих и специальных правовых норм на примере гражданского и морского права (критика современного законодательства) // Государство и право. 1997. № 11. С. 82-94; Туле-угалиев Г. И., Тулеугалиев М. Г. Международное транспортное право. Алма-ты: "Данекер", 2001. С. 34-35.

деятельности авиации Республики Казахстан"; Кодекс торгового мореплавания СССР от 17 сентября 1968 года⁵⁸; Закон Республики Казахстан «О железнодорожном транспорте» от 8 декабря 2001 года⁵⁹; Закон Республики Казахстан «О государственном регулировании гражданской авиации» от 15 декабря 2001 года⁶⁰.

Согласно ст. 2 Закона о транспорте отношения, связанные с деятельностью транспорта регулируются нормами ГК, Законом о транспорте в РК, международными договорами, ратифицированными РК, иными нормативными правовыми актами.

>

К нормативным правовым актам о транспорте РК относятся: Устав внутреннего водного транспорта Союза ССР, утвержденный Советом Министров СССР 15 октября 1955 г.; Устав автомобильного транспорта Казахской ССР, утвержденный постановлением Совета Министров Казахской ССР от 18 июня 1970 г.

⁵⁸ Согласно Постановления Верховного Совета РК от 16 декабря 1991 г. "О порядке введения в действие Конституционного закона РК "О государственной независимости Республики Казахстан": "Впредь до принятия соответствующих законодательных и иных нормативных актов Республики Казахстан на ее территории могут применяться нормы законодательства СССР и признанные СССР нормы международного права, поскольку они не противоречат настоящему Закону, иным законодательным и нормативным актам Республики Казахстан". См.: также п. 4 ст. 92 Конституции РК. Исходя из этого, КТМ СССР и УВВТ СССР на территории Казахстана применяются в той части, которая не противоречит законодательству РК.

⁵⁹ «Казахстанская правда» от 17 декабря 2001 года.

⁶⁰ «Егемен Қазақстан» от 21 декабря 2001 года 256'

Специальные транспортные законодательные акты определяют основные условия перевозок грузов, отношения между перевозчиками и другими видами транспорта, основные положения в области эксплуатации транспортных подъездных путей, а также регулируют отношения, возникающие между перевозчиками и грузоотправителями, другими физическими и юридическими лицами при пользовании услугами транспорта, и устанавливают их права, обязанности и ответственность.

Вышеперечисленные нормативные акты на основании п. 1 ст. 3 ГК относятся к транспортному законодательству и действуют на территории РК с учетом правил, предусмотренных п. 2 ст. 3 ГК. Само собой разумеется, что названные транспортные акты применяются в части, не противоречащей нормам, содержащимся в главе 34 ГК.

Согласно п. 2 ст. 688 ГК условия перевозок грузов, пассажиров и багажа определяются не только соглашением сторон, ГК, законодательными актами о транспорте, иными законодательными актами и изданными в соответствии с ними правилами. Так, к перевозкам применяются положения ряда "иных законодательных актов" Республики Казахстан. К таким законодательным актам относятся: Указы о лицензировании, о государственном предприятии и др. Например, важное значение для установления ответственности при перевозке пассажиров и багажа имеет Закон о защите прав потребителей.

Транспортное законодательство предусматривает на всех видах транспорта принятие правил, как нормативных правовых актов, издаваемых в соответствии с законодательными актами о транспорте и содержащих обязательные для перевозчиков, грузоотправителей, грузополучателей, транспортно-экспедиционных организаций и пассажиров условия перевозок грузов, пассажиров и багажа с учетом особенностей в целях обеспечения безопасности движения, сохранности грузов и багажа и подвижного состава, а также экологической безопасности.

Правила утверждаются Минтранском РК или по согласованию с заинтересованными министерствами и ведомствами.

На основании п. 2 ст. 688 ГК условия перевозок грузов, пассажиров и багажа отдельными видами транспорта определяются соглашением сторон. Это возможно, когда ГК, законодательными актами о транспорте, иными законодательными актами и изданными в соответствии с ними правилами сторонам представляется право выбора определенных условий перевозки.

§ 3. Понятие и виды договоров перевозки.

Система договоров

перевозки

233

В соответствии со ст. 688 ГК перевозка грузов, пассажиров и багажа производится на основании **договора перевозки**. Экономической целью перевозки является, как правило, перемещение грузов и людей, их транслокация из одного места в другое. Отношения транспортных организаций, грузоотправителей, грузополучателей пассажиров, складывающиеся при осуществлении перевозок,

основаны [™] договоре перевозки и регулируются этим договором

В главе 34 ГК "Перевозка" предусмотрена целая **система договоров регулирующих перевозку**. Наряду с обычным договором перевозки груза и пассажира (ст. ст. 689-690 ГК) в ГК перечисляются и другие договоры, регламентирующие перевозки: договор фрахтования (чартера) (ст. 691); договоры об организации перевозок (ст. 692); договоры между транспортными организациями (узловые соглашения) (ст. 693); договор прямого смешанного сообщения (ст. 694); договор перевозки транспортом общего пользования (ст. 695)

[™] договоры имеют свою специфику, касающуюся правового положения, субъектного состава, по характеристике прав и обязанностей и по другим признакам, но у них общая цель - регламентация перевозок. Таким образом, ГК предусматривает целую систему договоров, опосредствующих перевозочные отношения

ГК предусматривает виды договоров перевозки, определяя для них специальный правовой режим. Исходя из **момента** перехода прав и

объекта, договоры перевозки — - Реальнее и

По **предмету** договоры перевозки делятся: на договоры перевозки пассажира (перевезти пассажира в пункт назначения, а в случае сдачи пассажиром багажа, также отправить багаж в пункт назначения) на

факт (объектом реального договора —

конкретный груз, а объектом консенсуального договора на организацию перевозок - объем перевозок); договор фрахтования (чартер)

по средствам предоставления ^{Часть вместимости} транспортно-субъектному составу ^{РЗЗ™4310™}: договор перевозки пассажиров, контрагентом перевозчика является пассажир; договор перевозки груза, контрагентом перевозчика является грузоотправитель; договор об организации работы по обеспечению перевозок - транспортные организации.

Исходя из **цели**, договоры перевозки могут быть:

а) договоры, направленные на организацию перевозок, целями являются определение объемов, сроков, качества перевозок и другие условия предоставления транспортных средств и предъявления грузов для перевозки;

б) договоры, направленные на обеспечение перевозок грузов (узловые соглашения, договоры на централизованный завоз (вывоз) грузов и другие;

в) договоры, предусматривающие целью доставку грузов, пассажиров и багажа в пункт назначения.

По **форме** договоры перевозки дифференцируются на: оформленные транспортной накладной или коносаментом; в виде **конклюдентных действий** (принятие перевозчиком заявки или оплата от грузовладельцев, непосредственное приобретение билетов в пассажирских транспортных средствах и т.д.); заключаемые в **общем** порядке.

Договоры об организации перевозок. Перевозчик и грузоотправитель при необходимости осуществления систематических перевозок могут заключать длительные договоры об организации перевозок.

По договору об организации перевозок грузов перевозчик обязуется в установленные сроки принимать, а грузоотправитель - предъявлять к перевозке грузы в обусловленном объеме. В договоре об организации перевозок определяются объемы, сроки, качество перевозок и другие условия предоставления транспортных средств и предъявления груза для перевозки, а также иные условия организации перевозки, не предусмотренные законодательными актами (ст. 692 ГК).

Действующее транспортное законодательство предусматривает заключение длительных договоров: на железнодорожном транспорте (ст. 38 Закона РК «О железнодорожном транспорте»), годового договора на автомобильном транспорте (ст. 35 У АТ), навигационного на внутреннем водном транспорте (ст. 60 УВВТ), чартерного на воздушном транспорте (ст. 75 Указа «Об использовании воздушного пространства и деятельности авиации»),

В советское время эти договоры конкретизировали действия сторон по выполнению планов перевозки грузов. В настоящее время, когда планирование перевозок имеет индикативное значение, а не административно-правовой характер, эти договоры призваны обеспечить регулирование отношений, связанных с организацией систематических перевозок.

Несмотря на длительную практику применения договоров об организации перевозок, даже в современной транспортной литературе не существует единого взгляда о соотношении договоров об организации перевозок и конкретных договоров⁶¹.

Чтобы правильно разрешить вопрос о квалификации договора с этой точки зрения, следует, прежде всего, принять за основу два положения. Во-первых, основой всех договоров в нашей правовой системе является их консенсуальный характер. Реальный договор должен опираться на прямое указание и не может предполагаться. Во-вторых, в весьма детализированной системе транспортного права не удастся установить единообразного решения этого вопроса².

Несмотря на такой вывод, в литературе все же преобладает точка зрения, что только реальный договор перевозки является договором, а все остальные правоотношения, складывающиеся между перевозчиком и отправителем (получателем), носят опосредствующий характер, а потому исключаются из договорных отношений по перевозке грузов³.

⁶¹ Так, Годовиков А. А. и Егизаров В. А. договору об организации перевозок отводят роль соглашения о дополнительных услугах, оказываемых грузоотправителям (грузополучателям) железной дорогой, которые подлежат оплате по договорному тарифу. (См.: Комментарий к Транспортному Уставу железных дорог Российской Федерации (постатейный) // Под ред. д-ра юрид. наук, проф. Т. Е. Абовой и проф. В. Б. Ляндряса М., 1998. С. 25). Другой автор Калпин А. Г. приходит к следующим выводам: "При всей значимости долгосрочного договора конкретная перевозка осуществляется в соответствии с условиями разового договора перевозки груза. Содержащееся в п. 1 ст. 118 КТМ Указание о заключении последнего на основе долгосрочного договора принимаются во внимание, если они не противоречат договору перевозки (п. 2 ст. 118 КТМ). При таком противоречии предпочтение должно быть отдано условиям договора морской перевозки груза" (См.: Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации // Под ред. Г. Г. Иванова) М., 2000. С. 199).

" См.: Тулеугалиев Г. И. Правовое регулирование сельскохозяйственных перевозок. Алма-Ата: "Кайнар", 1972. С. 35.

См.: Гражданское право России. Часть вторая: Обязательственное право (Курс лекций) // Отв.ред. О. Н. Садиков. М., 1997. С. 383; Гражданское право: Учебник. Ч. 2 // Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого). М., 1997. С. 378; Гражданское право: Учебник. В 2-х томах. Т. 2 // Отв.ред. Е.А. Суханов. М., 2000. С. 35-36. 260'

Мы считаем правильным мнение, что договорное регулирование перевозок грузов сегодня не исчерпывается реальным договором перевозки груза и начинается с подачи транспортных средств под погрузку и предъявление груза к перевозке. Уже на этой стадии возникают обязательственные правоотношения между грузоотправителем и перевозчиком. Основанием возникновения указанных обязательств при систематических перевозках и долгосрочных отношениях сторон служат договоры об организации перевозок, в иных случаях - консенсуальные договоры перевозки (договор фрахтования (чартер) на морском и воздушном транспорте). При их отсутствии источником обязательств по подаче транспортных средств и их использованию служат договоры, заключаемые путем принятия перевозчиком заявки (заказа) грузоотправителя. Следующая стадия перевозочного процесса - собственно транспортировка груза - охватывается реальным договором перевозки груза.

Рассматриваемый договор является **консенсуальным, двусторонним и возмездным.**

Из этого договора возникает **обязанность предоставления транспортных средств и предъявления грузов для перевозки** (ст. 692 ГК). При наличии договора на организацию перевозок грузов действия сторон по подаче и согласованию соответствующих заявок (заказов) на перевозку представляют не самостоятельное основание возникновения обязательств по подаче транспортных средств и предъявлению груза к перевозке, а, по существу, исполнение договора об организации перевозок грузов⁶². В действительности в самом договоре об организации перевозок грузов устанавливаются порядок и сроки подачи заявок (заказов), предусматривается технология организации их выполнения и условия перевозок грузов и т. д. Особое значение для правильной организации транспортного процесса имеют те пункты договора, которые определяют обязанности сторон по **подготовке** к перевозкам: содержание клиентом подъездных путей в исправном состоянии, оборудование погрузочно-разгрузочных площадок средствами механизации, обеспечения надлежащего освещения мест погрузки и разгрузки транспорта в вечернее и ночное время, подготовка перевозчиком транспорта, пригодного для перевозки **данного** вида груза.

Таким образом, только договоры перевозки грузов, являющиеся консенсуальными, могут служить основанием⁶ для подачи транспортных средств и предъявления груза, а реальный договор перевозки грузов не предусматривает действия по подаче транспортных средств и предъявления груза, так как этот договор вступает в силу только с момента передачи отправителем груза перевозчику.

В современной транспортной литературе также нет единства взглядов на правовую природу отношений, связанных с **подачей от правителем заявки на перевозку грузов и принятием его перевозчиком, а также по подаче транспортных средств и использованию их отправителем.** Одни считают, что названные отношения могут квалифицироваться как оперативное планирование

⁶² См.: Витрянский В. Обязательства по подаче транспортных средств и предъявлению грузов к перевозке // Хозяйство и право. № 4. 2001. С. 26.

перевозок грузов⁶³ Другие приходят к выводу, что подача и принятие заявки на перевозку грузов представляют собой не сделку и не гражданско-правовое обязательство, а так называемые организационные предпосылки договора перевозки".

Нам представляется, что верна точка зрения В. Витрянского: "из факта подачи грузоотправителем и принятия перевозчиком заявки возникает типичное двустороннее гражданско-правовое обязательство консенсуального характера: перевозчик обязан подать грузоотправителю под погрузку, а грузоотправитель - использовать транспортные средства для перевозки груза, указанного в заявке, и в срок, установленный заявкой. Однако гражданско-правовое обязательство не может возникнуть из "организационных предпосылок", или "завязки грузоперевозочного процесса, поскольку таких оснований возникновения гражданских прав и обязанностей (при всем их многообразии) в гражданском праве не имеется. Источник обязанностей перевозчика и грузоотправителя - их соглашение, заключаемое путем подачи заявки и ее принятие, которое не может быть ничем иным как договором"³.

⁶³ См.: Гражданское право России. Часть вторая: Обязательственное право (Курс лекций) // Отв. ред. О. Н. Садилов. М., 1997. С. 385-386. " *Медведев Д. А., Смирнов В. Т.* Глава 38. Транспортное обязательство // В кн.: Гражданское право: Учебник. Ч. 2 (Под ред. А. П. Сергеева Ю. К. Толстого. М., 1997. С. 377-378; *Егизаров В. А.* Транспортное право: Учебное пособие. М., 1999. С. 43. См.: *Витрянский В.* Понятие и виды договора перевозки. Система договоров перевозки. // "Хозяйство и право". № 1. 2001. С. 65; См. также: Комментарий к Транспортному уставу железных дорог Российской Федерации (постатейный) // Под ред. д. ю. н., проф. Т. Е. Абовой и проф. В. Б. Ляндреса). М., 1999. С. 28-29; Коммерческое право: Учебник // Под ред. В. Ф. Попон- допуло/В. Ф. Яковлевой). СПб., 1997 С 306 262 '

Выполнение действий, предусмотренных в ст. 696 ГК, осуществляется в порядке, установленном транспортным законодательством. Перевозчик обязан в установленный срок подать отправителю исправные транспортные средства в состоянии, пригодном для перевозки соответствующего груза. Так, согласно ст. 47 Закона РК «О железнодорожном транспорте» железная дорога обязана подать под погрузку в срок, установленный принятой заявкой и (или) договором, транспортные средства (вагоны, контейнеры), **пригодные** для перевозки данного груза, **исправные** очищенные внутри и снаружи, а в необходимых случаях - промытые и продезинфицированные.

Определение пригодности подвижного состава и подготовка в **коммерческом отношении** для перевозки данного груза производится вагонов - грузоотправителем, если погрузка производится его средствами, или железной дорогой, если погрузка производится средствами железной дороги; контейнеров, цистерн и бункерных полувагонов - грузоотправителем.

Отправитель грузов вправе отказаться от поданных транспортных средств, непригодных для перевозки соответствующего груза (п. 1 ст. 696 ГК). Факт коммерческой непригодности вагонов под перевозку груза должен быть удостоверен актом общей формы, который подписывается грузоотправителем и железной дорогой.

Договор перевозки груза. Согласно ст. 699 ГК по договору перевозки груза одна сторона (перевозчик) обязуется доставить вверенный ему другой стороной (отправителем) груз в пункт назначения и выдать уполномоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза плату, согласно договору или тарифу.

Заключение такого договора подтверждается составлением **транспортной накладной, коносамента, товарно-транспортной накладной или иного документа на груз**, предусмотренный законодательными актами о транспорте (п. 2 ст. 689 ГК).

Данный договор относится к числу **реальных, взаимных, срочных и возмездных** договоров, а также заключается в письменной **форме**. Он является реальным, поскольку договор может считаться заключенным только при условии, что груз уже вверен перевозчику. Однако, законодательство предусматривает и заключение консенсуальных договоров. Так, договор фрахтования (чартера) (ст. 691 ГК), договор перевозки по коносаменту являются консенсуальными, когда перевозчик обязуется доставить груз, который ему передал или передает отправитель.

В качестве перевозчика может выступать теперь любое физическое или юридическое лицо, владеющее транспортным средством на праве собственности или на иных законных основаниях, предоставляющее услуги по перевозке пассажиров, багажа, грузов и почты за плату или по найму и имеющее на это лицензию или соответствующее разрешение, выданное в установленном порядке (ст.1 Закона о транспорте). Надо сказать, что само понятие "перевозчик" в законодательстве претерпело

значительную эволюцию⁶⁴. Это связано с тем, что многие транспортные организации подверглись приватизации, а также введена система лицензирования деятельности, связанной с осуществлением перевозок грузов, пассажиров и багажа.

Порядок лицензирования определяется Постановлением Правительства от 29 декабря 1995 г. "О реализации постановления Президента Республики Казахстан от 17 апреля 1995 г."⁶⁵ Так, применительно к конкретным видам транспорта действуют: "Правила лицензирования перевозок пассажиров и грузов железнодорожным транспортом в Республике Казахстан" от 29 июля 1998 г.; "Положение о порядке и условиях лицензирования международных перевозок пассажиров и грузов, опасных грузов автомобильным транспортом" от 25 декабря 1996 г.; "Положение о порядке и условиях лицензирования перевозок пассажиров и грузов на морском и речном транспорте в Республике Казахстан" от 27 мая 1997 г.; "О лицензировании перевозок пассажиров и грузов воздушным транспортом и аэропортовой деятельностью, с обслуживанием воздушных судов, пассажиров и грузов в аэропортах Республики Казахстан от 23 июля 1997 г.; а также ст. 9 Закона РК «О государственном регулировании гражданской авиации».

Осуществление деятельности, требующей лицензирования при перевозке пассажиров и грузов транспортом, допускается лишь при наличии лицензии.

Выдача лицензии на осуществление деятельности по перевозке пассажиров и грузов отдельными видами транспорта производится Министерством транспорта и коммуникаций Республики Казахстан.

Субъектами лицензирования являются граждане, юридические лица Республики Казахстан, иностранные юридические лица, иностранные граждане лица без гражданства и международные организации.

Указом об использовании воздушного пространства и деятельности авиации наравне с понятием "перевозчик" введено понятие **эксплуатант** - юридическое или физическое лицо, занимающееся **эксплуатацией** воздушных судов или предлагающее свои услуги в S области, а также понятие **"фрахтователь"** - физическое или Типическое лицо, заключившее за плату договор с воздушным перевозчиком о передаче в его пользование всей вместимости или части вместимости одного или нескольких воздушных судов на один или **несколько** рейсов для перевозки пассажиров, багажа, груза, почты или **ЛОУГИХ** целей.

В советской транспортно-правовой литературе многие считали, что транспортировка не входит в состав транспортной экспедиции, так как происходит смещение двух самостоятельных договоров. Данное утверждение в настоящее время не соответствует

⁶⁴ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Казахстан (Особенная часть). Алматы: «Жеті жарғы», 2000. С. 282; Тулеугалиев Г. И., Тулеугалиев М. Г. Международное транспортное право. Данекер, 2000; Об изменении роли перевозчика отмечается и в российской научной литературе. См.: Витрянский В. Участники договорных отношений, связанных с перевозкой // "Хозяйство и право". № 2. 2001. С. 26.

⁶⁵ САПЛ Республики Казахстан. 1995. № 41. Ст. 515. 264

законодательству Республики Казахстан⁶⁶. Конвенция КДПГ⁶⁷ имеет силу закона и в Республике Казахстан. Согласно этой Конвенции экспедитор, организующий дорожные перевозки может быть перевозчиком и нести всю меру ответственности по этой Конвенции.

Второй стороной в договоре перевозки груза является **отправитель**. Отправитель по ГК выступает в трех качествах: во-первых, как контрагент перевозчика, то есть лицо, которое заключило договор на перевозку груза; во-вторых, как лицо, которому выдается транспортная накладная (коносамент, товарно-транспортная накладная или иной документ на груз), предусмотренный законодательными актами о транспорте, независимо от того, кто фактически осуществляет отправку и погрузку груза, и, в-третьих, как лицо, имеющее право распоряжения грузом.

В подавляющем числе случаев лицо, заключившее договор перевозки (отправитель), не совпадает с лицом, которому груз подлежит выдаче (**получателю**).

В отличие от отправителя грузополучатель не принимает участия в заключении договора перевозки грузов⁶⁸, отправитель указывает его как адресата, которому перевозчик обязан выдать груз (ст. 689 ГК).

Этим особенностям правового положения получателя в большей степени соответствует конструкция договора перевозки груза как договора в пользу третьего лица, не участвовавшего в его заключении, но имеющего право самостоятельно требовать исполнения по нему (ст. 391 ГК).

Основное право получателя груза - это требовать от перевозчика выдачи доставленного груза. Причем, перевозчик обязан выдать принятый к перевозке и доставленный в пункт назначения груз уполномоченному на получение груза лицу (получателю) и лишь получатель вправе требовать от перевозчика исполнения этой обязанности.

С выдачей груза связан ряд прав получателя. Например, право требовать перевески и обмера груза, составления акта, предъявления претензии и т. д.

В качестве основного аргумента, препятствующего правовой квалификации договора перевозки груза как договора в пользу третьего лица высказывается довод о том, что на третье лицо не могут быть возложены какие-либо обязанности⁶⁹. Однако, транспортное законодательство, а не договор перевозки⁷⁰, возлагает ряд обязанностей на по-

⁶⁶ В ГК нет нормы, позволяющей экспедитору выступать в роли перевозчика. В статье 801 ГК РФ указано, что правила главы о транспортной экспедиции "распространяются и на случаи, когда в соответствии с договором обязанности экспедитора выполняются перевозчиком". Данная норма позволяет перевозчику выступать в роли экспедитора.

⁶⁷ См.: Указ Президента Республики Казахстан "О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о договоре Международной перевозки грузов (КДПГ) 1956 года" от 12 мая 1995 г.

⁶⁸ Это обстоятельство породило и порождает различные взгляды на правовое положение грузополучателя в правоотношениях по перевозке грузов. Даже в последнее время были высказаны различные мнения по этому вопросу. См. • *Егиазаров В. А.* Транспортное право: Учебное пособие М 1999 С 49-50' *Витрянский В.* "Участники договорных отношений, связанных с перевозкой // Хозяйство и право. № 2. 2001. С. 35-44.

См.: *Егиазаров В. А.* Указ. соч. С. 52-53.

⁷⁰ Такую точку зрения высказал и Витрянский В., считая, что "договор перевозки не возлагает на получателя каких-либо обязанностей, но если лицо выражает намерение принять груз, то тем самым

получателя груза: принять прибывший груз, в ряде случаев осуществлять оплату и т.п. таким образом, обязанности получателя предписаны законодательством (п. 1 ст. 382 ГК).

Срок в договоре перевозки груза - это промежуток времени, в течение которого груз должен быть доставлен в пункт назначения по кратчайшему маршруту.

На основании ст. 698 ГК перевозчик обязан доставить груз в пункт назначения в срок, определенный законодательными актами о транспорте и установленный в соответствии с ними правилами перевозки. Если срок доставки груза не установлен и стороны не предусмотрели этот срок в договоре, доставка должна быть произведена в разумный срок.

Более подробно определены сроки на железнодорожном транспорте (грузовая или большая скорость). На автомобильном транспорте сроки доставки предусмотрены только для междугородных и международных перевозок (ст. 68 УАТ).

В тех случаях, когда срок не установлен в нормативном порядке и не согласован в договоре, перевозчик обязан доставить груз в течение срока, который обычно существует (нормально необходим) для перевозки данного груза с учетом вида транспортного средства, характера пути и особенностей груза. Как правило, срок доставки груза обычно устанавливается соглашением сторон и указывается в накладной.

Договор перевозки груза является возмездным. В соответствии со ст. 697 ГК за перевозку грузов взимается плата, установленная соглашением сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами.

Плата за перевозку грузов транспортом общего пользования определяется на основании тарифов, утверждаемых в порядке, установленном законодательными актами о транспорте.

В соответствии со ст. 10 Закона о транспорте по отдельным видам транспортных услуг, как средство проведения социальной политики государства либо как средство преодоления монополистической деятельности в сфере транспорта, могут устанавливаться регулируемые тарифы (единые в пределах государства) в порядке, определяемом Правительством РК.

В транспортное законодательство впервые введен новый способ обеспечения исполнения обязательства - право удержания. Согласно п. 4 ст. 697 ГК перевозчик имеет право удерживать переданные ему для перевозки грузы в обеспечении причитающейся ему провозной платы и других платежей (ст. 292 ГК), если иное не установлено законодательством, договором перевозки или не вытекает из существа обязательства.

Таким образом, под правом удержания подразумевается право перевозчика как владельца чужой вещи, не выдавать ее получателю до исполнения причитающейся ему провозной платы и других платежей. Однако, перевозчик не имеет право удовлетворять свое требование

путем продажи или иного отчуждения. Такое право не дает перевозчику ст. 697 ГК, достаточно лишь одного факта удержания. Данное право распространяется только на одно условие договора, а именно **обязанности по оплате провозной платы и других платежей**, вытекающего из договора перевозки.

Перевозочные документы. ГК впервые предусматривает формы транспортной документации. Обязательность документации перевозок объясняется не только их массовым характером,

но также необходимостью учета и контроля транспортных операций. Технические и экономические особенности отдельных видов транспорта в значительной степени влияют на содержание перевозочных документов. Поэтому ГК называет некоторые из них, в частности, **накладной, коносамента, товарно-транспортной накладной**. Вместе с тем этот перечень не является исчерпывающим, законодательные акты могут предусмотреть и иные виды перевозочных документов.

Транспортная документация выполняет следующие функции: а) содержит необходимые указания перевозчику; б) является доказательством договора перевозки и его условий; в) дает право на распоряжение грузом.

Применительно к перевозкам грузов на транспорте исторически сложились и используются две системы документации: **накладная** (железнодорожные, автомобильные, воздушные и внутриводные перевозки) и **коносамента** (морские и внутриводные). При общности исходных начал между ними существуют различия, имеющие большое практическое значение. **Коносамент** выполняет три основные функции: а) товарораспорядительного документа, то есть ценной бумаги и б) служит доказательством принятия обозначенного в нем груза и предусматривает обязательство выдать этот груз по предъявлению и в обмен на коносамент получателю; в) доказательства заключения договора перевозки.

Однако существующие нормы, в частности, нормы международного права, регламентирующие условия и правила оформления договоров перевозки (например, морской), не исключают использования иных документов, определяющим является не название или форма документа, а его юридическое содержание и придаваемые функции. Так, в практике международного торгового судоходства в качестве формы договора морской перевозки груза применяется чартер (чартер-партия), заключаемый с условием предоставления для перевозок всего судна, его части или определенных судовых помещений. При наличии чартера коносамент, находящийся у отправителя (фрахтователя), является распиской, удостоверяющей принятие перевозчиком

^t груза к перевозке, которая сохраняет роль товарно-распорядительного документа.

Основным документом при перевозке грузов железнодорожным, „нутренневодным, воздушным транспортом является **накладная**. Накладная содержит все условия перевозки. Она следует вместе с грузом и выдается грузополучателю. В удостоверение приема груза к перевозке на железнодорожном и внутреннем водном транспорте перевозчик выдает отправителю **грузовую квитанцию** и составляет внутренний документ - **дорожную ведомость**.

Правилами оформления накладной и перевозочных документов перевозочным документом является **дорожная ведомость**, которая **вместо** с накладной следует с грузом до станции назначения и служит для контроля за правильностью начисления провозных платежей, для расчетов железных дорог и пароходств между собой за перевозку груза статистических целей, а при международных перевозках грузов - для целей таможенного контроля и выпуска или пропуска груза через таможенную границу. Квитанция дорожной ведомости с календарным штампом с указанием времени и места приема груза к перевозке

выдается отправителю и дает ее владельцу право распоряжаться грузом до его сдачи получателю.

На морском и воздушном транспорте документом, аналогичным дорожной ведомости, является **грузовой манифест** - транспортный документ, содержащий данные о грузе, записанные по каждому порту отдельно и перечни коносаментов по каждому грузу и по порту назначения в целом.

На автотранспорте документом, по которому перевозятся грузы **товарного** характера, является **товарно-транспортная накладная**. По грузам нетоварного характера единым перевозочным документом служит акт замера (взвешивания). Товарно-транспортные накладные **или** акты замера (взвешивания) совместно с путевыми листами служат для учета транспортной работы и расчетов за перевозки, а товарно-транспортная накладная, выписываемая грузоотправителем, является единственным документом, служащим для списания товарно-материальных ценностей у грузоотправителей и оприходования их у грузополучателей, а также для складского, оперативного и бухгалтерского учета.

В договоре воздушной перевозки груза основным перевозочным документом является **грузовая накладная** (ст. 72 Указа об использовании воздушного пространства и деятельности авиации).

Права и обязанности сторон по договору перевозки грузов. В содержание договора перевозки груза включается весь комплекс коммерческих операций, осуществляемых в ходе транспортировки.

Основные права перевозчика и отправителя предусмотрены ст II Закона о транспорте.

Содержание обязательства перевозки груза подчинено основной обязанности перевозчика - **доставке груза в место назначения**. Существенным условием договора перевозки является **наименование и вес перевозимого груза**, то есть перевозчик должен знать, какой груз он будет перевозить, из каких предметов он будет состоять, а также количество этого груза. Транспортные нормы не всегда регулируют вопросы, связанные с определением в договоре перевозки **рода и количества** груза. Следовательно, этот вопрос решается по усмотрению сторон, и, в частности, в интересах перевозчика установить, как будет определен в договоре груз: либо очень точно, либо только общим образом. Количество (объем груза) можно выразить в договоре в принятых единицах меры и числа. При перевозках грузов на перевозчика возлагается обязанность проверить точность указаний, сделанных в накладной относительно числа грузовых мест, их маркировки и номеров а также внешнее состояние груза и его упаковки. Так, например ст. 44 Закона РК «О железнодорожном транспорте» дает право перевозчику проверять правильность сведений, указанных в железнодорожной накладной, в частности: 1) производить проверку груза- 2) получать от грузоотправителя, грузополучателя, экспедитора нотариально заверенную копию свидетельства о регистрации юридического лица; 3) проверять документы, удостоверяющие личность физических лиц, выступающих в качестве грузоотправителя, грузополучателя.

Если перевозчик не имеет достаточной возможности проверить правильность этих указаний отправителя, а также внешнее состояние груза и его упаковки, он должен сделать оговорки. Однако эти оговорки не имеют обязательной силы для отправителя, если последний определенно не указал в накладной, что он их принимает.

Факт наличия или отсутствия оговорки перевозчика к накладной имеет важное практическое значение. При отсутствии в накладной мотивированных оговорок принимается презумпция, что груз и его упаковка были внешне в исправном состоянии в момент принятия груза перевозчиком и что число грузовых мест, их маркировка и номера соответствовали накладной.

Одно из существенных условий договора перевозки - **объявление ценности груза**. Различаются случаи, когда грузоотправитель может предъявить грузы к перевозке с объявленной ценностью, когда отправитель обязан объявить ценность груза и когда объявление ценности груза не допускается. Так, по транспортному законодательству Республики Казахстан отправитель обязан объявить ценность драгоценных металлов и изделий. Напротив, не допускается объявление ценности груза, перевозимые навалом, насыпью, наливом, за пломбами отправителя, скоропортящихся и опасных грузов.

Отправитель по договору перевозки обязан своевременно приложить к накладной или предоставить перевозчику все требующиеся сведения для выполнения таможенных, санитарных и других формальностей (ст. 73 Указа об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан).

Вопрос об определении расстояния перевозки и маршрута транспорта решается по-разному. В одних видах транспорта они определяются самими перевозчиками, а в других обычно согласовываются в договорах.

В отличие от прежней ст. 373 ГК КазССР обязанность по ГК погрузки (разгрузки) может быть возложена как на перевозчика, так и на отправителя (получателя) (ст. 696 ГК).

Если погрузка (разгрузка) груза, осуществляется силами и средствами отправителя (получателя) груза, то на них лежит обязанность соблюдения сроков, предусмотренные договором, если такие сроки не установлены законодательными актами о транспорте и изданными в соответствии с ними правилами.

На основании ст. 41 Закона РК «О железнодорожном транспорте» погрузка, выгрузка (разгрузка) грузов осуществляется перевозчиком или грузоотправителем (грузополучателем) в порядке и сроки, предусмотренные правилами перевозок или договорами. Как правило, погрузка и выгрузка перевозимых грузов производятся на складах и площадках железнодорожного транспорта, именуемых местами общего пользования, а также на прирельсовых складах и площадках, именуемых местами необщего пользования и находящихся в ведении грузоотправителей, грузополучателей, предприятий других видов транспорта, экспедиторских предприятий или арендуемых ими.

Погрузка грузов в вагоны и на автомобили, а также выгрузка из них производится: 1) железной дорогой - на местах общего пользования. За погрузку и выгрузку грузов железная дорога взимает с грузоотправителя, грузополучателя сбор по свободным тарифам; 2) грузоотправителем и грузополучателем - на местах необщего пользования, а также на местах общего пользования опасных и скоропортящихся грузов, сырых животных продуктов, тяжеловесных (свыше 0,5 тонн в одном месте) и негабаритных грузов; грузов, перевозимых наливом, насыпью и навалом, в специализированном подвижном составе и следовавших в сопровождении проводников грузоотправителей и грузополучателей.

Погрузка грузов в контейнеры и выгрузка из них производится грузоотправителями и грузополучателями.

Железная дорога при наличии соответствующих механизмов и приспособлений может принимать на себя выполнение погрузочно-разгрузочных работ с указанными грузами.

Обязанность перевозчика доставить в целости и сохранности вверенный ему отправителем груз в пункт назначения является одной из основных обязанностей его по договору перевозки. В этих целях перевозчик должен принять все зависящие от него меры к тому, чтобы обеспечить количественную и качественную сохранность груза (например, соблюдать строго температурный режим при перевозке скоропортящихся грузов).

Гражданское законодательство впервые предусматривает **право по распоряжению грузами**. Согласно ст. 699 ГК грузоотправитель или владелец распорядительного документа на груз могут потребовать от перевозчика возвращения груза или сделать другое распоряжение. В этом случае перевозчик вправе требовать оплаты за уже произведенную перевозку, а также возмещения

понесенных им расходов в связи со сделанным распоряжением.

Грузоотправитель теряет указанные права после прибытия груза в место назначения в момент передачи груза грузоотправителю. Так, например, согласно ст. 53 Закона РК «О железнодорожном транспорте» при уклонении грузополучателя от исполнения обязательств по получению груза перевозчик по истечении семи суток (в отношении скоропортящихся грузов - двух суток) с момента прибытия груза обязан уведомить грузоотправителя о том, что ему необходимо распорядиться грузом. Грузоотправитель обязан распорядиться грузом в течение четырех суток (скоропортящихся грузов - двух суток) с момента получения такого уведомления. При отсутствии указаний грузоотправителя о том, как распорядиться скоропортящимся грузом, когда хранение груза может привести к его порче, перевозчик имеет право реализовать груз. В случае неполучения указаний грузоотправителя о распоряжении грузом перевозчик имеет право возвратить груз грузоотправителя за его счет.

Выдачей груза в пункте назначения уполномоченному на получение груза лицу (грузополучателю) обязательство перевозки груза считается выполненным. Получение груза удостоверяется подписью и печатью (штампом) грузополучателя в накладной. Порядок выдачи и принятия груза, поступившего в адрес грузополучателя, приобретает важное юридическое значение и подробно регламентируется в специальном транспортном законодательстве и Правилах перевозки грузов на различных видах транспорта. Несколько иначе переход прав и обязанностей решен в ст. 39 Закона РК «О железнодорожном транспорте», где сказано, что с момента уведомления о прибытии груза в пункт назначения права и обязанности по договору перевозки переходят к грузополучателю.

Грузополучатель обязан принять поступивший в его адрес груз /ст. 36 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 72 УАТ). Однако, грузополучатель может отказаться от принятия груза лишь в том случае, когда количество груза вследствие порчи и повреждения изменилось настолько, что исключается возможность полного или частичного использования груза (ст. 96 УВВТ, ст. 72 УАТ).

Грузы, прибывшие в исправном транспортном средстве с неповрежденными пломбами грузоотправителя, выдаются грузополучателю без проверки количества мест, состояния и веса груза.

Железная дорога при выдаче груза проверяет его в случаях прибытия груза: в поврежденном вагоне, контейнере, а также в вагоне, контейнере с поврежденными запорно-пломбировочными устройствами попутных станций, а также с поврежденными запорно-пломбировочными устройствами: прибытия груза с признаками недостачи, порчи или повреждения при перевозке на открытом подвижном составе или в крытых вагонах без пломб, когда такая перевозка предусмотрена Правилами перевозок грузов; прибытия скоропортящегося груза с нарушением сроков доставки или нарушением температурного режима при перевозке в рефрижераторных вагонах; прибытия груза, погруженного железной дорогой в исправных вагонах с неповрежденными пломбами отправления, а также без признаков недостачи, порчи или повреждения при перевозке на открытом подвижном

составе или в крытых вагонах без пломб, когда такая перевозка предусмотрена правилами перевозок грузов; когда груз выгружен железной дорогой на местах общего пользования.

В указанных выше случаях тарные и штучные грузы выдаются железной дорогой с проверкой массы и состояния груза только в поврежденных местах. При обнаружении повреждения тары или других обстоятельств, могущих влиять на состояние груза, железная дорога производит проверку груза в поврежденных местах.

Проверка массы груза при выдаче осуществляется способом, аналогичным способу ее определения при погрузке данного груза. Вес груза считается правильным, если разница в весе груза, определенном на станции отправления, по сравнению с весом, оказавшимся на станции назначения, не превышает норм предельного весового расхождения и естественной убыли, установленных в соответствии с правилами перевозок. В случае отсутствия вагонных весов у грузополучателя и на станции назначения грузы, перевозимые навалом и насыпью, выдаются без проверки массы.

Если при выдаче железной дорогой груза на станции назначения с проверкой массы, количества мест или состояния груза, тары обнаружена недостача, порча или повреждение груза, тары или если эти обстоятельства установлены коммерческим актом, составленным в пути следования, станция назначения определяет размер фактической недостачи, порчи или повреждения груза.

При необходимости производства экспертизы или иного необходимого исследования железная дорога, по своей инициативе или по требованию грузополучателя, приглашает эксперта или соответствующего специалиста для определения размера реального ущерба, вызванного недостачей, порчей или повреждением груза (ст. 51 Закона РК «О железнодорожном транспорте»).

Аналогичные правила выдачи груза действуют и на других видах транспорта.

Выявленные в ходе выдачи груза обстоятельства, которые могут служить основанием для имущественной ответственности перевозчика, должны быть удостоверены коммерческим актом, актом общей формы, записями в товарно-транспортной накладной иных документах (п. 5 ст. 705 ГК).

Имущественная ответственность по договору перевозки груза. Ответственность участников транспортного процесса строится на общих принципах ответственности в гражданском праве. В ст. 701 ГК предусмотрено, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по перевозке стороны несут ответственность, установленную настоящим Кодексом, законодательными актами о транспорте, иными законодательными актами, а также соглашением сторон.

Вместе с тем ответственность по договору перевозки имеет и свою специфику, которая регламентирована законодательством, регулирующим деятельность транспорта.

Прежде всего, ответственность по договору перевозки относится к случаям ограниченной ответственности, то есть когда ограничено право на полное возмещение убытков. В отличие от общих правил гражданского законодательства об ответственности, предусматривающей возмещение причиненных убытков в полном объеме, включая не

только реальный ущерб в имуществе кредитора, но и неполученный им доход (ст. 9, 350 ГК), нормативные правовые акты, регулирующие транспортную деятельность, устанавливают пределы ответственности участников обязательства по перевозке.

Кроме того, нормы об ответственности участников обязательства по перевозке являются императивными, то есть установленные законодательством правила обязательны при применении и не могут быть изменены. Пункт 2 ст. 701 ГК, ст. 17 Закона о транспорте предусматривают: соглашения перевозчика с грузовладельцами (грузоотправителями и грузополучателями) и пассажирами об ограничении или устранении установленной законодательными актами ответственности недействительны, за исключением случаев, когда возможность таких соглашений при перевозках груза предусмотрена законодательными актами о транспорте.

В то же время, исходя из общих правил гражданского права, по соглашению сторон уровень ответственности перевозчика, а также иных субъектов грузоперевозочного обязательства, может быть **повышен** (п. 2 ст. 2 ГК).

Таким образом, ответственности за нарушение обязательства по перевозкам свойственно:

- а) ограничение права на взыскание части убытков;
- б) запрет на уменьшение или устранение нормативной ответственности перевозчика;
- в) возможность определения ее размера и пределов по соглашению сторон в установленных случаях.
- г) особый претензионный порядок осуществления требований клиентурой к транспорту (ст. 706 ГК).

За нарушение обязательств по перевозке грузов ГК предусматривает ответственность перевозчика за неподачу транспортных средств и отправителя за их неиспользование (ст. 702), а также ответственность перевозчика за утрату, недостачу или повреждение (порчу) груза или багажа (ст. 705). Рассмотрим каждую из них.

Ответственность за неподачу транспортных средств и за неиспользование поданных транспортных средств носит взаимный характер: грузоотправитель отвечает перед перевозчиком, которому он должен сдать груз для перевозки, а перевозчик отвечает перед грузоотправителем, грузы которого он обязан перевезти.

Нарушение обязанностей **перевозчиком** выражается в следующих **формах**:

а) неподача транспортных средств под погрузку. Для того, чтобы обязанность перевозчика по подаче транспортных средств была признана выполненной, требуется строгое соответствие этой подачи количественным показателям заявки или иного договора. Заявка (заказ) считается перевозчиком невыполненной если, несмотря на ее своевременную подачу грузоотправителем, транспортные средства в соответствующие сроки не подавались или подавались в меньшем, чем предусмотрено заявкой (заказом) количестве.

б) подача под погрузку неисправных транспортных средств или транспортных средств, непригодных для перевозки конкретных грузов.

Обязанность перевозчика по подаче грузоотправителям транспортных средств, пригодных для перевозки конкретного груза прямо предусмотрена транспортным законодательством (ст. 45 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 44 УАТ). При нарушении перевозчиком этой

обязанности грузоотправитель вправе не принять транспортные средства под погрузку и тогда они не засчитываются в счет исполнения обязательства по перевозке груза.

Формы исполнения СВОИХ обязанностей грузоотправителями выражаются в

а) непредъявления либо неиспользования поданных транспортных средств. Поданные перевозчиком транспортные средства признаются неиспользованными:

-><< шся
- при допущении их простоя, выходящего за пределы отчетных суток, в которые должна быть произведена погрузка;

- при отказе от уже поданных транспортных средств, при оставлении их недогруженными (например, из-за отсутствия груза)-

б) отказа от предусмотренных заявкой (заказом) транспортных средств. В 1 К не предусмотрена ответственность за отказ от предусмотренных заявкой (заказом) транспортных средств, но учитывая специфику транспортного процесса, Закон «О железнодорожном транспорте» (ст. 77) предусматривает ответственность за невыполнение плана перевозок в случаях отказа от предусмотренных планов вагонов и контейнеров. Такой отказ может последовать только до их подачи перевозчиком.

Статья 702 ГК не предусматривает какой-либо конкретной формы ответственности за неподачу транспортных средств и за неиспользование поданных транспортных средств, предоставляя право ее устанавливать другим законодательным актам и сторонам договора транспортным законодательством РК (ст.77 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 130 УАТ) эта ответственность установлена в форме штрафа. Так, согласно ст. 77 Закона РК «О железнодорожном транспорте», перевозчик за неподачу транспортных средств в соответствии с принятой заявкой, а грузоотправитель за непредъявление груза, а также за неиспользование поданных транспортных средств несут взаимную имущественную ответственность в виде штрафа исчисляемого в процентах от величины месячного расчетного показателя, в следующих размерах: 1) при перевозке грузов в контейнерах - 15 /о за каждый контейнер массой брутто до 5 тонн включительно- 30 /о за каждый контейнер массой брутто от 5 до 10 тонн включительно; 6U /о за каждый контейнер массой брутто свыше 10 тонн; 2) при перевозке грузов в вагонах, за исключением рефрижераторных вагонов и транспортеров - 150 % за каждый вагон; 3) при перевозке в рефри- 276 / жераторных вагонах, транспортерах - 290 % за каждый вагон, транспортер.

Штраф за невыполнение заявки на перевозку грузов взимается независимо от платы за пользование вагонами, контейнерами.

Пункт 2 ст. 702 ГК устанавливает примерный перечень обстоятельств, при наступлении которых перевозчик или отправитель **освобождаются от ответственности.**

К их числу относятся:

а) непреодолимая сила, а также иные явления стихийного характера (заносы, наводнения и т. д.);

б) прекращение или ограничение перевозки грузов в определенных направлениях, установленных в

порядке, предусмотренном законодательными актами о транспорте;

в) в иных случаях, предусмотренных законодательными актами.

Транспортное законодательство (ст. ст. 86-88 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. ст. 183-184 УВВТ, ст. 133 УАТ) устанавливает исчерпывающий перечень обстоятельств, когда имущественная ответственность за невыполнение принятой заявки (заказа) на перевозку груза не наступает.

Для перевозчиков:

- предусмотренные п. п. 1) и 2) п. 2 ст. 702 ГК;
 - военных действий, введения чрезвычайного положения (п. 2 ст. 86 Закона РК «О железнодорожном транспорте»);
 - при задержке грузоотправителем вагонов, контейнеров под выгрузкой и очисткой;
 - при восполнении железной дорогой в течение данной календарной декады неподачи вагонов, контейнеров допущенной ею за отдельные дни этой декады;
 - при восполнении железной дорогой в течение первой или соответственно второй половины месяца недогруза нефти и нефтепродуктов допущенные ею в отдельные дни данной половины месяца, если отгрузка этих грузов производится с наливных станций нефтепродуктов или пунктов перевалки;
- вследствие задержки грузоотправителем судов под разгрузкой.

Для грузоотправителей:

- предусмотренные п. п. 1) и 2) п. 2 ст. 702 ГК;
- при неиспользовании вагонов (контейнеров), поданных грузоотправителю без предварительного согласия грузоотправителя;
- при восполнении грузоотправителем в течение данной календарной декады недогруза, допущенного им в отдельные дни этой декады;
- при восполнении грузоотправителем в течение первой или соответственно второй половины месяца недогруза нефти и нефтепродуктов, если отгрузка этих грузов производится с наливных станций нефтепродуктов или пунктов перевалки;
- при неиспользовании тоннажа, тяги и контейнеров, поданных грузоотправителю сверх плановых норм в порядке сгущения, без установленного предупреждения, а равно без согласия грузоотправителя в тех случаях, когда такое согласие требуется;
- вследствие задержки паромом доставки плотов в пункты переформирования при условии своевременного предъявления плотов к буксировке в начальных пунктах отправления;
- вследствие задержки паромом доставки нефтегрузов в пункты передачи их одним паромом другому для дальнейшей перевозки по новым транспортным документам, при условии своевременного предъявления грузоотправителем нефтегрузов к перевозке в начальных пунктах отправления;
- аварии на предприятии, в результате которой работа предприятия, вырабатывающего отгружаемый груз, была прекращена на срок не менее трех суток;
- предупреждение перевозчика о неиспользовании вагонов, контейнеров не менее чем за трое суток до дня отгрузки.

Все иные, не попавшие в него обстоятельства, хотя бы их наступление и не зависело от сторон, не

освобождают отправителя и перевозчика от ответственности за несовершение действий по организации перевозок. Это означает, что перевозчики и отправители несут ответственность за неподачу транспортных средств и за их неиспользование независимо от вины.

Помимо правовых норм, полностью освобождающих грузоотправителя при определенных обстоятельствах от ответственности за невыполнение заявок (заказов) на перевозку грузов на речном и морском транспорте, действует норма, которая частично освобождает грузоотправителя от ответственности.

Согласно ст. 705 ГК перевозчик обеспечивает сохранность груза или багажа с момента принятия их к перевозке и до выдачи получателю или уполномоченному лицу. Перевозчик отвечает за утрату груза или багажа, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение (порча) груза или багажа произошли не по его вине.

Ущерб, причиненный при перевозке груза или багажа, возмещается перевозчиком в следующих размерах:

- в случае утраты или недостачи - в размере стоимости утраченного или недостающего груза или багажа;

В случае повреждения (порчи) груза или багажа - в размере ^{мы} на которую понизилась его стоимость, а при невозможности восстановления поврежденного груза или багажа - в размере его

стоимости ^{груза или багажа} Сданного к перевозке с объявлением его ценности - в размере объявленной

стоимости груза или ^{баг} ^{имость груза или багажа} определяется исходя из его ^{це-} ^{бы} ^{указанной} в счете продавца или предусмотренной договором, а **ппи** отсутствии счета или указания цены в договоре - исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары.

Перевозчик наряду с возмещением установленного ущерба вызванного утратой, недостачей или повреждением (порчей) груза или багажа возвращает плату за перевозку утраченного, недостающего (испорченного) груза или багажа.

Следует отметить, что положения данной статьи также закреплены в ст 18 Закона о транспорте, ст. 90 Указа об использовании воздушного транспорта и деятельности авиации, ст. 76 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст.138 УАТ, ст.195 УВВТ.

Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство Перевозчик считается виновным в наступлении одного из перечисленных выше последствий (утрату, недостачу, порчу, повреждение груза) пока не докажет отсутствие своей вины.

Рассмотрим **обстоятельства, которые исключают ответственность перевозчика за утрату, недостачу и повреждение (порчу) гру-**

33' Транспортное законодательство, регулируя основные положения об ответственности, предусматривают случаи, при наступлении которых перевозчик освобождается от ответственности за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза.

Обстоятельства, которые исключают ответственность перевозчика за несохранность грузов, можно разделить на две группы по признаку распределения бремени доказывания вины между перевозчиком и грузоотправителем (грузополучателем).

Первая группа предусматривает **презумпцию вины перевозчиков**, когда перевозчик обязан доказать отсутствие своей вины, в противном случае он должен нести ответственность за несохранность груза.

Следует отметить, что эти обстоятельства на всех видах транспорта, в основном одинаковые и это дает возможность выделить наиболее характерные. К ним относятся:

- а) вина грузоотправителя и грузополучателя;
- б) особые естественные свойства перевозимого груза, вызвавшие его поломку, ржавчину, внутреннюю порчу и другие последствия;
- в) по причинам, связанным с погрузкой или выгрузкой грузов в крытые вагоны или контейнеры, если погрузка или выгрузка производилась средствами отправителя или получателя;
- г) недостатки тары или упаковки, которые не могли быть замечены по наружному виду при приеме груза к перевозке, или применение тары не соответствующей свойствам груза или установленным стандартам, при отсутствии следов повреждения тары в пути;
- д) сдача груза к перевозке без указания в накладной его особых свойств, требующих особых условий или предосторожности для сохранности груза при перевозке или хранении;
- е) вследствие естественной убыли массы в пределах установленных норм;
- ж) вследствие неправомерности, неточности или неполноты сведений, указанных грузоотправителем в накладной;
- з) вследствие порчи скоропортящихся грузов при соблюдении при перевозке срока транспортабельности и температурного режима;
- и) сдача к перевозке груза, влажность которого превышает установленную норму (ст.87 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 135 УАТ, ст. 191 УВВТ).

Помимо указанных обстоятельств, при перевозках грузов на морском транспорте перевозчик отвечает за порчу, повреждение либо утрату груза, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы, опасностей и случайностей на море и в других судоходных водах, спасения человеческих жизней, судов и грузов, военных действий и народных волнений и т.д. (ст. 160 КТМ).

Именно перевозчик должен доказать, что приводимые им обстоятельства имели место в действительности, и они являются причиной утраты либо повреждения груза, что соответствует ст. 359 ГК по которой отсутствие вины доказывается лицом, допустившим нарушение обязательства.

Вторая группа обстоятельств предусматривает презумпцию невиновности перевозчика, когда бремя доказывания вины перевозчика возложена на грузоотправителя и грузополучателя при получении груза в пункте назначения.

В соответствии со ст. 87 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 193 УВВТ, ст. 136 УАТ к обстоятельствам, освобождающим перевозчика от ответственности за утрату, недостачу или повреждение груза при перевозке относятся: **280'**

- а) прибытие груза в пункт назначения в исправном состоянии, за „справными запорно-пломбировочными устройствами (пломбами), остановленными грузоотправителем;
- б) недостача, порча или повреждение груза произошли вследствие естественных причин, связанных с перевозкой груза на открытом подвижном составе, на палубе судов (например, выветривание угля при перевозке его по железной дороге);
- в) перевозка груза осуществлялась в сопровождении проводников, экспедиторов грузоотправителя (грузополучателя).

В этих случаях перевозчик освобождается от ответственности за недостачу либо повреждение

груза, если предъявитель претензии не докажет/что повреждение, порча груза произошли по вине перевоз-

чи Специфической формой компенсации за утраченный груз, свойственной только морскому транспорту, является возмещение убытков по принципу "общей" и "частной" аварии.

Морское законодательство различает два вида убытков: а) убытки, понесенные вследствие произведенных намеренно и разумно чрезвычайных расходов или повреждений в целях спасения судна, фрахта и перевозимого на судне груза от общей для них опасности, то есть общая авария (ст. 232, 234, 235 КТМ); и б) все прочие убытки, то есть частная авария (ст. 237 КТМ).

Практическое значение подразделения убытков на общую и частную аварию заключается в том, что общая авария распределяется между судном, грузом и фрахтом соразмерно их стоимости, а убытки, составляющие частную аварию, несет тот, кто их потерпел или кто виновен в их причинении.

В соответствии со ст. 698 ГК перевозчик обязан доставить груз в пункт назначения в срок, определенный законодательными актами о транспорте и установленными в соответствии с ними правилами перевозки. Если срок доставки груза не установлен, и стороны не предусмотрели этот срок в договоре, доставка должна быть произведена **в разумный срок.**

Транспортное законодательство (ст. 18 Закона о транспорте, ст. 79 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 140 У А1, ст. 188 УВВТ) предусматривает **ответственность перевозчика перед грузополучателем за несвоевременную доставку груза.** Принятый к перевозке груз перевозчик обязан доставить в пункт назначения не только **в** целости и сохранности, но и в установленной Правилами перевозки грузов и багажа срок. Вместе с тем Закон о транспорте (ст. 18) **допускает**, что если срок доставки в указанном порядке не установлен, **стороны** вправе установить его в договоре.

Имущественную ответственность за просрочку перевозчик несет только при наличии вины.

Просрочка в доставке груза влечет за собой обязанность перевозчика уплатить штраф (пени) грузополучателю. Согласно ст. 18 Закона о транспорте за просрочку доставки груза перевозчик уплачивает получателю штраф в размере 5 % платы за перевозку за каждые сутки просрочки, но не свыше 50 % платы за перевозку.

Перевозчик также несет ответственность за убытки, возникшие у отправителя или получателя в связи с задержкой перевозки.

За задержку доставки груза, перевозчик освобождается от ответственности если докажет, что просрочка в доставке произошла не по его вине, а обусловлена обстоятельствами не зависящими от него таким как например: горный обвал, наводнение и др.

Взыскание штрафа за просрочку не ставится в какую-либо связь с возмещением за порчу груза. Если, например, вследствие просрочки железной дорогой произошла порча груза, возмещение за нее взыскивается помимо штрафа за просрочку. Аналогичные правила ответственности предусмотрены для перевозок на автомобильном и внутри водном транспорте.

Отправитель и получатель также несут ответственность за несоблюдение условий договора перевозки груза. Так, например, ответственность грузоотправителя перед перевозчиком может наступить за неправильное указание в транспортной накладной наименования груза или его особых свойств, за отправку груза, запрещенного для перевозки, а также за просрочку внесения провозных и иных платежей и иных нарушений условий договора.

В транспортном законодательстве названы основные случаи такой ответственности, особенно подробно регулирует эти вопросы Закон «⁰ о железнодорожном транспорте».

Договор перевозки транспортом общего пользования. В ст 695

1 К специально выделяются перевозки транспортом общего пользования, когда перевозчиком является коммерческая организация, которая на основании законодательных актов или выданной этой организации лицензии (патента) обязана осуществлять перевозки пассажиров грузов и (или) багажа по обращению любого гражданина или юридического лица.

Как уже отмечалось, договор перевозки транспортом общего пользования является публичным договором (ст. 387 ГК).

Особенностью договора перевозки транспортом общего пользования является следующее: а) перевозчик как коммерческая организация не вправе отказывать юридическим или физическим лицам в перевозке, кроме случаев, предусмотренных транспортным законодательством (ст. 11 Закона о транспорте); б) цена перевозки, а также условия договора перевозки транспортом общего пользования должны быть одинаковыми для всех, не исключая льгот, предусмотренных законодательными и иными правовыми актами для отдельных категорий граждан; в) в случае отказа от заключения такого договора должны применяться положения предусмотренные п. 4 ст. 399 ГК, то есть возможно понуждение к заключению договора или возмещение убытков, причиненных отказом от заключения договора; г) издание в случаях, предусмотренных законодательными актами о транспорте, правил (типовых договоров, положений и т. д.), которые будут обязательными для сторон при заключении и исполнении договора на перевозку транспортом общего пользования.

Условия договора перевозки транспортом общего пользования, нарушающие п.п. 1 и 2 ст. 695 ГК, считаются недействительными (п. 5 ст. 387 ГК).

Договор фрахтования (чартер). По договору фрахтования (чартера) одна сторона (фрахтовщик) обязуется предоставить другой стороне (фрахтователю) за плату всю или часть вместимости одного или нескольких транспортных средств на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа и грузов.

Порядок заключения договора фрахтования, а также форма договора и его виды устанавливаются законодательными актами о транспорте (ст. 691 ГК).

Договор фрахтования (чартера) является **двусторонним, возмездным, консенсуальным** договором.

Сторонами этого договора являются фрахтовщик и фрахтователь. Фрахтовщик - лицо, передающее за плату другой стороне (фрахтователю) всю вместимость или часть вместимости одного или не-

скольких транспортных средств на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа и грузов. Фрахтователь - физическое лицо или юридическое лицо, заключившее за плату договор с перевозчиком о передаче в его пользование всей вместимости или части вместимости одного или нескольких транспортных средств на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа и грузов.

Чартер - это консенсуальная разновидность договора перевозки. Чартер не характеризует прием груза к перевозке, это действие оформляется коносаментом или накладной. Объединяет чартер и договор перевозки грузов цель, к которой стремятся стороны - доставка груза в обусловленный пункт.

В соответствии со ст. 75 Указа об использовании воздушного пространства и деятельности авиации в чартерном договоре должны быть указаны наименования сторон, тип воздушного судна, цель сдачи в аренду, минимальное число перевозимых пассажиров, вес багажа груза и почты, размер фрахта, пункт отправления, время и пункт назначения перевозки. Чартерный договор может включать также другие условия.

От договора фрахтования (чартера) надо отличать договор аренды транспортного средства с экипажем (ст. 585 ГК) и без экипажа (ст. 594 ГК).

В договоре фрахтования (чартера) грузовладелец оплачивает не арендную плату за использование судна (морского или воздушного) а плату за перевозку за все предоставленное ему судно, либо часть его, либо за определенные судовые помещения.

Права и обязанности сторон по договору чартера четко отражены в ст. 75 Указа об использовании воздушного пространства и деятельности авиации: фрахтовщик имеет право, не требуя дополнительной оплаты от фрахтователя, переносить время начала перевозки и время взлета воздушного судна в предусмотренных по плану местах посадки, производить дополнительные посадки или изменить маршрут полета, если это необходимо для обеспечения безопасности полета; фрахтовщик обязан своевременно передавать всю вместимость воздушного судна и во время действия договора содержать воздушное судно в таком состоянии, чтобы его можно было использовать для предусмотренных договором целей.

Фрахтователь имеет право с согласия фрахтовщика передать зафрахтованное воздушное судно в субчартер. Фрахтователь обязан своевременно производить предусмотренный договором платеж, обеспечивать своевременную доставку пассажиров.

Существуют различные проформы чартеров. Например, в морском транспорте широко используются условия чартера "Джонкон" в редакции БИМКО 1994 г. Как отмечено в преамбуле к проформе, этот чартер рекомендован для оформления фрахтовых сделок для перевозок тех грузов и в таких районах, где нет других специальных утвержденных проформ чартеров. Сегодня условия любого чартера требуют четкого их разграничения между собой на две категории: а) условия чартера, определяемые транспортными условиями контракта купли-продажи; б) условия чартера, определяющие права и обязанности сторон, связанные с перевозкой конкретного груза в рейсе и расчета по фрахту.

Договор между транспортными организациями. На основании ст. 693 ГК между организациями различных видов транспорта могут заключаться

договоры об организации работы по обеспечению перевозок **грузов** (узловые соглашения, договоры на централизованный завоз (вывоз) грузов и другие).

Порядок заключения таких договоров определяется законодательными актами о транспорте.

Предметом этих договоров являются действия различных перевозчиков по обеспечению перевозок грузов. Например, прием грузов, доставленных в место отправления (порт, станция, аэропорт), которые сдаются и принимаются к перевозке от перевозчика не отправителем (получателем), а другой транспортной организацией, а также перевалка груза с одного вида транспорта в другое. Таким образом, специфичность этих отношений заключается в том, что они складываются не между перевозчиками и грузоотправителями (грузополучателями), а между различными перевозчиками. Другой характерной чертой этих договоров является то, что оформляемые ими отношения тесно связаны с техническими условиями организации соответствующих работ.

Этими особенностями данный договор отличается от договора об организации перевозок, где только определяются порядок и условия выполнения действий, необходимых для исполнения обязательства по перевозке грузов, которые предшествуют приему и перевалке грузов.

К договору об организации работы по обеспечению перевозок грузов относятся узловые соглашения, договоры на централизованный завоз (вывоз) грузов и другие.

Заключение данных договоров прямо предусмотрено в транспортном законодательстве, они, в частности, предусмотрены в ст. 38 Закона РК «О железнодорожном транспорте», ст. 167 УВВТ, ст. 15 УАТ.

Договор на централизованный завоз (вывоз) грузов регулируется Правилами централизованного завоза (вывоза) грузов автомобильным транспортом на станции железных дорог, в порты (на пристани) и аэропорты в Казахской ССР (1975 г.).

Договор перевозки в прямом смешанном сообщении. Договором перевозки грузов в прямом смешанном сообщении оформляют-

В международных транспортных конвенциях, например, в Женевской конвенции ООН 1980 г. о международных смешанных перевозках грузов, разработанной в рамках ЮНКАД, эти перевозки называются комбинированными. Специфика комбинированных перевозок заключается в том, что договор перевозки заключается с оператором перевозки, который потом сам выбирает других участников перевозки. "Оператор смешанной перевозки" означает любое лицо, которое от собственного имени или через другое действующее от его имени лицо заключает договор смешан-

S=SrSSS==S

торые должны участвовать в [™] »« XTeГ:8' ^
перетрузке груза (хотя бы однократной) Р Ь "ДеТ 0

шанноС^Гнр^ХГ Перевозкой Wза » Ч—
ром перевозки вТя^м™ ДВУМ" В"да™ ЛОГО»°Р" ^ Логово-
альный договор^ОНКоеЗа „п™ом Со"бшС|"ш (обычный
ре- и соглаип,"
вующих вилса тпяпрпАтч, ири анизациями
соответст-
по организации

таких п ^ „озоРкГлаМеН™РУКЩИЙ ПОРЯДОК их
Работ™ " ^ичиТпни^которсиГпж^ перевозок
является

Б прямом смешанном сообщении пепевт™™

лученное птосш^ых^лидарных^^до^^^з
ст^^ГГК)1""110"

ность за надлежаше Г™ ; принимает на себя
ответствен-
Дарный
зобтправителя и ^но^ателя^ по по ПСР— Соди
правилам грузополучателя, по что Лебов™Цу
существующим

ки, и принимает „а себГ^^о^i^ ^^ СМ™* Пер— ООН о
международных смеша^Гпепевозк^ Пп ДоговоPa i
Конвенции щем транспортном законодательстве
даетсяТст ГпГ Ъ^Т Г™6 В "ж рожном транспорте»-
«опеатоп ЗаКона РК <<0
«елезнодо-
ществляющее управлеГеТеп-- железнодорожной
сети - лицо, осу-
железнодорожноТс'Г ПРОЦЕССОМ и от™<e W
магистральной

предъявления претензий (ст. 163 УАТ, ст. 222 УВВТ)
могут быть предъявлены не к любой транспортной
организации участвующей в перевозке, а только к
той, которая является конечной. При установлении
виновности транспортной организации
(автопредприятия, пароходства, порта, пристани или
аэропорта) в недостатке, порче или повреждении
груза ответственность несет соответствующая транс-
портная организация (ст. 73 Закона РК «О
железнодорожном транспорте», ст. 125 УАТ).

Договор перевозки груза в прямом смешанном
сообщении является взаимным, возмездным и
реальным.

Порядок осуществления перевозок в прямом
смешанном сообщении определяются соглашениями
между организациями соответствующих видов
транспорта, заключаемыми в соответствии с
законодательными актами о прямых смешанных
перевозках (ст. 694 ГК).

Действующее транспортное законодательство содержит специальные нормы, регулирующие перевозки грузов в прямом смешанном сообщении (раздел 8 УАТ). Наиболее полно регламентация отношений соперевозчиков содержится в Правилах перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении⁷¹.

На железнодорожном транспорте в прямое смешанное сообщение включаются:

а) все железнодорожные станции, открытые для операции по грузовым перевозкам;

б) морские и речные порты, пристани и автостанции по перечню установленному Минтрансом РК и межправительственными соглашениями. Порты, пристани и автостанции считаются включенными в прямое смешанное сообщение с момента телеграфного или письменного извещения об этом (с последующим опубликованием в сборниках Правил перевозок и тарифов).

Грузы, следующие в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении, взвешиваются в пунктах перевалки при передаче их с железнодорожного на водный транспорт или обратно по требованию сторон, принимающей груз: на вагонных весах - железной дорогой; на товарных весах - портом или пристанью.

Грузы в запломбированных крытых вагонах передаются в пунктах перевалки с проверкой исправности наложенных пломб и соответствия оттисков на них данными, указанными в перевозочных документах.

Тарные и штучные грузы, перевозимые на открытом подвижном составе, прибывшие в исправной таре, передаются по количеству мест. При наличии признаков недостачи, порчи и повреждения грузы передаются по массе и состоянию.

Грузы, перевозимые в контейнерах, передаются с проверкой состояния контейнера и исправности пломбы.

Условия работы перевалочных пунктов определяются узловыми соглашениями, заключаемыми железной дорогой с пароходством (портом) сроком на пять лет.

В прямом смешанном сообщении сроки доставки грузов определяются по совокупности сроков доставки их железнодорожным, водным и другими видами транспорта и исчисляются на основании действующих на этих видах транспорта правил исчисления сроков доставки грузов (ст. 120 УАТ, § 33 Правил перевозок грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении).

При этом Правила перевозок грузов в прямом смешанном сообщении (§ 33) делают исключения, увеличивая срок доставки на речном транспорте: при перевалке груза мелкими партиями - на двое суток, при перевалке остальных грузов - на количество суток, необходимое для перевалки грузов по суточным нормам перевалки и погрузки грузов в суда и для разгрузки грузов из судов по судочасовым нормам погрузки - разгрузки судов.

Выходом из этого положения явилось бы установление на всех видах транспорта конкретных сроков нахождения грузов в пункте перевалки и предусмотрение в транспортном законодательстве санкций за нарушение этих сроков, которые взыскивались бы с виновного перевозчика.

⁷¹ Сборник правил перевозок и тарифов МПС. № 20. М., 1956.

Как правило, общая просрочка доставки груза неразрывно связана с просрочкой, допущенной различными видами транспорта при перевозке в прямом смешанном сообщении. В соответствии со ст. 703 ГК ответственность за просрочку несет последний перевозчик, если не докажет, что просрочка произошла не по вине перевозчика. Последний перевозчик, к которому по правилам предъявляется претензия, в случае отсутствия его вины в просрочке, пересылает претензию соперевозчику и сообщает об этом заявителю в претензии. При этом следует отметить, что транспортное законодательство (ст. 140 УАТ, ст. 188 УВВТ) не предусматривает ответственность соперевозчиков друг перед другом за просрочку доставки груза в пункты перевалки, регламентируя лишь взаимоотношения перевозчиков и грузополучателей, хотя вопросы просрочки доставки непосредственно связаны с взаимоотношениями между соперевозчиками. Лишь в случае взыскания штрафа за просрочку доставки с конечного перевозчика, он имеет возможность регрессного требования к соперевозчику, виновному в этой просрочке.

Плата за перевозку грузов в прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении взыскивается в следующем порядке: по отправкам с железной дороги: а) на станции отправления - за протяжение железнодорожного пути всех железных дорог, участвующих в перевозке, при этом за железные дороги, по которым груз следует транзитом (включая и железную дорогу перевалки) оплата производится через железнодорожные организации; б) в порту (пристани) назначения или перевалки - за протяжение всего водного пути.

Претензии и иски по перевозкам грузов. Статья 706 ГК и транспортное законодательство Республики Казахстан предусматривают, что до предъявления к перевозчику иска, вытекающего из договора перевозки груза, обязательно предъявление ему претензии в порядке предусмотренном законодательными актами. В отличие от прежнего гражданского законодательства Казахской ССР (ст. 375 ГК КазССР) ГК РК не установил каких-либо сроков на предъявление претензии и предоставил право установления претензионного порядка законодательным актом. Закон о транспорте в Республике Казахстан в ст. 17-1⁷² предусматривает порядок предъявления претензии и исков по перевозкам грузов.

Право на предъявление к железной дороге претензии (ст. 89 Закона РК «О железнодорожном транспорте») имеют: отправитель (грузоотправитель), получатель (грузополучатель).

К претензии должны быть приложены в подлинниках или заверенных копиях документы, свидетельствующие о наличии у заявителя права на предъявление претензии.

К претензии в подлинниках должны быть приложены следующие документы, подтверждающие требования заявителя: 1) в случае утраты, нарушения сроков доставки багажа, грузобагажа - багажная, грузобагажная квитанция; 2) в случаях недостачи, повреждения (порчи) багажа, грузобагажа - багажная, грузобагажная квитанция и коммерческий акт; 3) в случае утраты груза - грузовая квитанция; 4) в случае недостачи, повреждения (порчи), задержки выдачи груза - железнодорожная транспортная накладная, а также коммерческий акт; 5) в случае нарушения сроков доставки груза - железнодорожная транспортная накладная.

К претензии в отношении утраты, недостачи или повреждения (порчи) груза еще должны быть приложены документы, подтверждающие право собственности и стоимость груза.

Как видно из изложенного, транспортное законодательство РК конкретно определяет, кому персонально принадлежит право претензии и иска к перевозчику за те или иные нарушения договора перевозки. Вместе с тем, грузоотправителю и грузополучателю предоставлено право делегировать свои права по предъявлению претензий и искам иным юридическим лицам при условии надлежащего оформления договором поручения или доверенностью.

Претензии, возникающие из перевозки грузов, предъявляются к управлению железной дороги назначения. Претензии, возникающие из перевозки

⁷² Часть третья статьи 17-1 Закона РК «О транспорте в Республике Казахстан» отменена Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам железнодорожного транспорта» от 6 декабря 2001 года.

груза в прямом смешанном сообщении, представляются: а) к управлению железной дороги назначения, если конечным пунктом является железнодорожная станция; б) к другому соответствующему транспортному предприятию (органу), который является конечным пунктом перевозки (порт, пристань и т.п.). Претензии грузоотправителей о штрафах предъявляются к управлению железной дорогой отправления или назначения соответственно. Претензии о повреждении железной дорогой подвижного состава и контейнера, принадлежащих предприятиям, учреждениям, организациям или арендованным ими, рассматриваются железными дорогами по месту нахождения владельца или арендатора подвижного состава или контейнера. При этом начальник железной дороги может возложить рассмотрение претензий на отделение железных дорог и станций.

Сроки рассмотрения претензии, ответа и уведомления заявителя груза предусмотрены в ст. 17-1 Закона о транспорте. На железнодорожном транспорте претензии, вытекающие из договора перевозки, могут быть предъявлены в течение срока исковой давности.

Сроки предъявления претензий исчисляются в отношении: 1) возмещения за утрату багажа, груза, грузобагажа - по истечении семи суток со дня окончания срока доставки; 2) возмещения за недостачу. Повреждение (порчу), просрочку доставки багажа, груза, грузобагажа - со дня выдачи; 3) возврата провозных платежей, излишне уплаченных за перевозку багажа, груза, грузобагажа - со дня выдачи; 4) просрочки доставки багажа и грузобагажа - со дня выдачи; 5) взыскание штрафов за невыполнение принятой заявки на перевозку груза - по окончании срока, установленного правилами перевозок для исполнения заявки.

В иных случаях - со дня наступления события, послужившего основанием для предъявления иска. Перевозчик имеет право рассмотреть предъявленную претензию по истечении установленных сроков, 290 если признает уважительной причину пропуска претензионного срока (ст. 90 Закона РК «О железнодорожном транспорте»).

Согласно ст. 91 Закона РК «О железнодорожном транспорте» претензия подлежит рассмотрению в месячный срок со дня ее получения. Претензия может быть удовлетворена либо отклонена перевозчиком полностью или частично. О результатах рассмотрения претензии перевозчик уведомляет в письменной форме заявителя. При частичном удовлетворении и отклонении претензии заявителя в уведомлении перевозчика должно быть указано основание принятого решения со ссылкой на соответствующие нормативные акты. Уведомление направляется заявителю с документами, приложенными к претензии.

На основании п. 2 ст. 706 ГК срок исковой давности по требованиям, вытекающим из перевозки груза, установлен в один год. Следует иметь в виду, что эта норма носит общий характер, то есть применяется ко всем требованиям, вытекающим из договора перевозки груза, в том числе и этот срок относится к требованиям перевозчика к грузоотправителю (грузополучателю). Поэтому к исковой давности по перевозкам грузов, как и другим давностным срокам, распространяются общие правила, предусмотренные главой 7 ГК.

Согласно ст. 17-1 Закона о транспорте сроки исковой давности о порядке предъявления исков по спорам, связанным с международными перевозками, устанавливаются международными договорами, соглашениями или конвенциями.

Так, на железнодорожном транспорте действует СМГС, который предусматривает обязательную претензионную процедуру предварительного решения споров по договору перевозки. Право предъявления претензий принадлежит отправителю или получателю. Претензии должны быть предъявлены в письменном виде с соответствующим описанием и указанием возмещения отправителем - к национальной дороге отправления, а получателем - к национальной дороге назначения по каждой отправке в отдельности. Предъявление претензий к железным дорогам производится отправителем или получателем в случае полной или частичной утраты, повреждения, порчи или снижения качества груза при условии представления оригинала или дубликата накладной и коммерческого акта железной дороги. К претензии должны прилагаться инвойс (счет иностранного поставщика) или другие документы, подтверждающие стоимость груза или уменьшение его стоимости, а также документы, которые обеспечивают претензию (сертификаты, спецификации, упаковочные листы, акты экспертизы и др.). Железная дорога обязана в 180-дневный срок со дня заявления претензии рассмотреть ее, дать ответ и при полном или частичном признании ее уплатить причитающуюся сумму (ст. 29 СМГС).

Право предъявления иска, основанного на договоре перевозки принадлежит только тому лицу, которое заявило претензию, и к той железной дороге, к которой претензия была предъявлена. Иск может быть предъявлен к надлежащему суду той страны, железным дорогам которой была предъявлена претензия (ст. 30 СМГС).

Взаимные претензии и иски между отправителем, получателем и железной дорогой об уплате провозных платежей, штрафов и о возмещении ущерба могут быть заявлены в течение 9 месяцев. Указанные сроки исчисляются: для претензий и исков о возмещении частичной утраты груза, недостачу массы, повреждения, порчу или снижения качества, а также за просрочку в доставке - со дня выдачи груза получателю; для претензий и исков о возмещении за полную утрату груза - с 30-го дня после истечения срока доставки. Предъявление отправителем или получателем к железной дороге письменной претензии приостанавливает течение сроков исковой и претензионной давности (ст. 32 СМГС).

§ 4. Договор перевозки пассажира и багажа

В соответствии со ст. 690 ГК по договору перевозки пассажира перевозчик обязуется перевести пассажира в пункт назначения, а в случае сдачи пассажиром багажа - также доставить багаж в пункт назначения и выдать уполномоченному на получение багажа лицу; пассажир обязуется уплатить плату за проезд, а при сдаче багажа - и за провоз багажа.

Транспортное законодательство Республики Казахстан достаточно полно регулирует договор перевозки пассажиров и багажа.

Перевозка пассажиров и багажа регламентируется ГК, Законом о транспорте, законодательными актами о транспорте, в частности, Законом РК «О железнодорожном транспорте», Указом об использовании воздушного пространства и деятельности авиации Республики Казахстан, УАТ Казахской ССР, а также Правилами перевозки пассажиров и багажа, которые действуют на всех видах транспорта. Воздушное законодательство дает право авиаперевозчикам устанавливать свои правила воздушных перевозок пассажиров и багажа. Причем, эти правила не должны противоречить общим правилам воздушной перевозки и ухудшать уровень обслуживания пассажиров.

Из легального определения договора перевозки пассажира следует, что этот договор является **взаимным, возмездным и консенсуальным**. Если договор перевозки пассажиров осуществляется транспортом общего пользования, то данный договор относится к разряду публичных (ст. 387 ГК).

292

Договор перевозки пассажира является двусторонним. Заключая договор, перевозчик вступает в обязательство с определенным лицом, называемым пассажиром. Пассажиром считается лицо, перевозимое на транспорте, не входящее в состав служебного персонала (экипажа) и имеющее проездной билет. Согласно договору перевозки, перевозчик обязуется перевезти пассажира до пункта назначения.

В транспортном законодательстве определяются права и обязанности пассажира как стороны в договоре перевозки.

Права, которые принадлежат пассажиру, различны в зависимости от вида транспорта и они могут быть связаны с: а) заключением и исполнением договора перевозки; б) изменением первоначально заключенного договора и в) отказом от его исполнения. В самом общем виде они указаны в ст. 700 ГК и в ст. 13 Закона о транспорте и конкретизированы в законодательных актах о транспорте. Надо подчеркнуть, что перечень прав пассажира не исчерпывается регулированием в транспортном законодательстве. Пассажир, выступающий как потребитель транспортных услуг, имеет и иные права, вытекающие из Закона о защите прав потребителей (раздел 2).

Согласно ст. 13 Закона о транспорте пассажир на всех видах транспорта имеет следующие права и льготы:

приобрести билет на любой вид транспорта и по любому маршруту, открытому для пассажирских перевозок;

получить место согласно приобретенному билету; провезти бесплатно одного ребенка в возрасте до 7 лет, а на международных перевозках - до 5 лет без права предоставления ему отдельного места на воздушном, железнодорожном, морском и внутреннем водном транспорте, на международных автобусах, а также на городском и пригородном транспорте, кроме такси;

приобрести билеты на детей в возрасте от 5 до 12 лет на международных перевозках с оплатой 50% от полной стоимости билета;

приобрести билеты на детей в возрасте от 7 до 15 лет с оплатой 50% от полной стоимости билета при перевозке, осуществляемой перевозчиком Республики Казахстан.

Если перевозка осуществляется несколькими перевозчиками разных государств с участием перевозчика Республики Казахстан, данные права

предоставляются пассажирам при перевозке их перевозчиком Республики Казахстан;

продлить действие билета при остановке в пути на срок не более 10 суток на всех видах транспорта, кроме городского и пригородного. Перевозчик вправе увеличить срок действия билета при остановке в пути; сдать билет до начала перевозки и получить обратно за перевозку сумму в любом учреждении перевозчика, предоставляющего транспортные услуги. Порядок возврата определяется уполномоченным государственным органом.

На воздушном транспорте, городских и пригородных автобусных перевозках устанавливается бесплатный провоз ручной клади и багажа весом не более 20 кг.

На железнодорожном, морском, внутреннем водном транспорте, а также в международных автобусах устанавливается бесплатный провоз ручной клади и багажа весом не более 35 кг.

Перевозчики вправе увеличивать вес бесплатно перевозимого на всех видах транспорта багажа и устанавливать другие льготы.

Перевозчик, отказавшийся от продолжения перевозки, обязан за свой счет доставить пассажира в пункт назначения или возместить все убытки, причиненные пассажиру расторжением договора.

В случаях, установленных законами Республики Казахстан, решениями Правительства РК, а также решениями местных представительных и исполнительных органов перевозчики обязаны осуществлять бесплатный провоз отдельной категории пассажиров или предоставлять им иные льготы по оплате проезда.

Парламентом, Правительством РК, а также местными представительными и исполнительными органами при установлении отдельным категориям лиц льготы на транспортные услуги, включая право на бесплатный проезд, определяется источник финансирования, и при этом исполнительными органами заключается договор с перевозчиком.

Право перевезти бесплатно ребенка и с определенными льготами, установленное законодательством, принадлежит не любому лицу, а лишь пассажиру, то есть тому лицу, которое вступило в договорные отношения с перевозчиком.

Пассажиру не принадлежит вещное право на купе, (а)юту или место в самолете, он не является арендатором занимаемой площади.

Согласно ст. 697 ГК за перевозку пассажиров взимается плата, установленная соглашением сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами. В ряде случаев, в законодательных актах в виде исключения некоторые лица имеют право на бесплатный проезд, они тоже пассажиры, право которых на проезд обусловлено не договором с перевозчиком, а законодательством, предписывающим перевозчику перевозить их бесплатно.

На основании п. 2 ст. 697 ГК плата за перевозку пассажиров транспортом общего пользования определяется на основании тарифов, утверждаемых в порядке, установленном законодательными актами о транспорте.

Транспортная коммерческая организация признается перевозчиком транспорта общего пользования, если из законодательных актов, 294 «ых нормативных актов или выданной этой организацией лицензии Агента) вытекает, что эта организация обязана осуществлять перевоз- Z пассажиров по

обращению любого гражданина. Из этого вытекает, что еще до заключения договора пассажирской перевозки транспортное предприятие уже должно нести следующие обязанности:

обеспечить всем потенциальным пассажирам равные условия перевозки, в том числе и по цене перевозки; создать необходимые условия для приобретения пассажирского билета, то есть создать условия для вступления в обязательство по

Перевозчик иметь информированную систему, чтобы каждый заинтересованный в перевозках имел возможность для заключения договора пе-

ревозки. Договор перевозки пассажиров транспортом общего пользования относится к разряду подворов присоединения (ст. 389 ГК), условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе, как путем присоединения к предложенному договору в целом. Исходя из этого согласно п. 2 ст. 690 ГК договор перевозки пассажира оформляется соответствующим форм-соответствием о билетам транспортное законодательство устанавливает «фактически» существующие условия договора перевозки пассажира. В целом пассажир присоединяется к требованиям, содержащимся в проездном билете.

В тех случаях, когда пассажир берет в кассе билет, а затем (иногда даже через несколько дней) занимает место, договор пассажирской перевозки не может быть квалифицирован иначе как фактически. Однако, существует и такой порядок, при котором договор считается заключенным фактом занятия места, как это принято в городском транспорте или путем совершения конклюдентного действия (опускания монет в турникет (автомат)), где сам факт нахождения гражданина в пределах турникета означает наличие договора пассажирской перевозки между ним и перевозчиком.

Как указывалось выше, сущностью договора перевозки пассажира является перемещение (транслокация) пассажира из пункта отправления в пункт назначения. В данное перемещение включается и оказание ряда услуг, и обеспечение безопасных и комфортных условий перевозки.

Так, Правила, действующие на воздушном транспорте, значительно расширяют услуги, предоставляемые пассажирам, а именно:

- бесплатного пользования комнатой отдыха матери и ребенка, местом в гостинице, если рейс задерживается либо переносится по вине перевозчика;
- отказ от полета и получения полной стоимости билета если отказ совершен не более, чем за 24 часа и не менее 70 %, если отказ совершен менее, чем за 24 часа.

Перевозчик обязан продлить срок действия билета на время, необходимое для перевозки пассажира в пункт назначения, если пассажир не смог совершить посадку в течение срока действия билета по причинам: 1) отмены или задержки рейса, указанного в билете; 2) невыполнения посадки в аэропорту, указанном в билете; 3) невыполнения рейса в соответствии со временем, указанным в расписании;

4) непредоставления в самолете забронированного ранее места; 5) вынужденной посадки самолета; 6) болезни пассажира или члена его семьи следующего с ним на самолете; 7) неправильного оформления билета перевозчиком или его агентом.

При этом перевозчик обязан сделать на билете отметки о продлении срока его годности.

В случае, если билет на внутренних рейсах утерян, он не восстанавливается, если на международных - необходимо обратиться в представительство авиакомпании и сообщить сведения о себе и о данных билета (дата вылета, номер рейса, номер билета и т. д.). Чем больше данных будет предоставлено, тем быстрее билет будет восстановлен.

Перед вылетом пассажиру необходимо зарегистрироваться за 40 минут (на внутренних рейсах) и за 2 часа (на международных рейсах) до вылета. Время регистрации должно быть указано в билете. В противном случае можно потребовать возмещения убытков.

В случае невыполнения пассажиром правил посадки, досмотра либо состояния здоровья, угрожающего безопасности самого пассажира, либо другим лицам, перевозчик может расторгнуть договор перевозки и вернуть стоимость билета. Аналогичные правила действуют и на других видах транспорта.

Пассажир должен соблюдать общественный порядок и правила пользования транспортными средствами.

Перевозчик обязан перевезти пассажира в пункт назначения. При этом законодательство устанавливает определенные условия, которые должны быть соблюдены перевозчиками в процессе пассажирских перевозок. Такими условиями являются: а) обеспечение безопасности пассажиров при пользовании транспортом; б) создание необходимых условий для организации перевозок и удобств для пассажиров и культурное обслуживание их на вокзале, станциях и портах, и в самом транспортном средстве.

Характерная особенность законодательства РК состоит в том, что подобного рода условия включены непосредственно в нормы транс- 296 портного права (Закон о транспорте, Уставы, Правила перевозок пассажиров и т.п.), обеспечивая тем самым эффективную охрану интересов пассажиров, пользующихся услугами транспорта.

Перевозчик обязан перевести пассажира и доставить его в пункт назначения с соблюдением установленных сроков.

Согласно п.1 ст. 704 ГК за задержку отправления транспортного средства, перевозящего пассажира, или опоздание такого транспортного средства в пункт назначения (за исключением перевозок в городском и пригородном сообщении) перевозчик уплачивает штраф в размере, установленном законодательными актами о транспорте, если не докажет, что задержка или опоздание имели место вследствие непреодолимой силы, устранения неисправности транспортных средств, угрожающей жизни и здоровью пассажиров, или иных обстоятельств, не зависящих от перевозчика.

За нарушение установленных сроков доставки груза, пассажира и багажа транспортным законодательством установлена ответственность в виде штрафа. Так, например, ст. 18 Закона о транспорте предусматривает при задержке перевозки пассажира по вине перевозчика штраф в размере 3 % от стоимости билета за каждый час задержки, **помимо**

возмещения убытков пассажиру, если последние имели место. Причем сумма взысканного пассажиром штрафа не может превышать стоимость приобретенного билета. Перевозчик обязан при задержке рейса на 10 часов и более предоставлять за свой счет пассажирам место в гостинице и питание. За просрочку в доставке багажа перевозчик уплачивает получателю багажа штраф в размере 10 % платы за перевозку за каждые сутки просрочки, но не свыше 50 % платы за перевозку.

Перевозчик освобождается от ответственности за просрочку в доставке пассажира, если задержка или опоздание имели место вследствие непреодолимой силы.

В соответствии с п. 2 ст. 704 ГК пассажиру предоставляется также право отказа от перевозки в случае задержки отправления транспортного средства, и перевозчик обязан возратить пассажиру провозную плату в полном размере.

Ответственность перевозчика по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни или здоровью пассажира, определяется по правилам главы 47 ГК. Но это не исключает возможностей установления повышенной ответственности перевозчика за вред жизни и здоровью пассажира, если законодательными актами или договором перевозки предусмотрена повышенная ответственность перевозчика (ст. 707 ГК).

Особой формой удовлетворения потребностей граждан и юридических лиц в пассажирских перевозках является предоставление им автоперевозчиками **автобусов по договорам** (в том числе разовым заказам).

Контрагентом автоперевозчика по такому договору являются лица, именуемые обычно заказчиком. Ст. 75 УАТ уделяет особое внимание регулированию таких отношений. Устанавливаются порядок и сроки представления заказов на автобусы, обычно в письменной форме, установленного образца. Договорные отношения считаются установленными с момента принятия заказа к исполнению.

Наряду с разовыми заказами применяются заключение длящихся (годовых или долгосрочных) договоров на регулярные и периодические перевозки рабочих предприятий и организаций - заказчиков.

Заклучившие договор лица приобретают право использовать автобусы для перевозки людей в обусловленных договором целях в течение согласованного времени.

В соответствии с заключенным договором одна сторона - перевозчик обязуется доставить пассажиров (участников поездки) в согласованный срок в обусловленном заказчиком месте, а другая сторона - заказчик обязуется оплатить перевозку. Из этого определения договора на предоставление автобусов видно, что он по своей правовой природе не является договором перевозки пассажира. Данный договор заключается не самим пассажиром, а лицом, заказывающим транспорт, и следовательно, все права и обязанности по нему возникают только для лица - заказчика. Проездные билеты перевозимым лицам в этом случае не выдаются.

Не является этот договор и договором имущественного найма (аренды транспортных средств), поскольку предметом его не является: предоставление транспортного средства (автобуса) как имущества в пользование заказчика, что характерно для договора имущественного найма, а оказание перевозчиком определенных транспортных

услуг заказчику на согласованных условиях. Поэтому, договор на такого рода перевозки пассажиров автобусами можно рассматривать в качестве **договора об организации перевозок**.

Перевозка багажа. На договорных условиях осуществляется и перевозка багажа. Под **багажом** в транспортном законодательстве понимаются перевозимые при пассажирах (как правило, в специальных багажных отсеках), либо отдельно от пассажиров в багажных секциях вещи, не свыше определенных габаритов (размеров) и веса. От багажа следует отличать ручную кладь (иногда ее называют "другой багаж"). К ней относятся обычно небольшие по размеру и весу вещи, перевозимые непосредственно при пассажире, не стесняющие проезд других пассажиров и размещаемые в салоне транспортного средства.

зимые /1

Согласно ст. 690 ГК по договору перевозки багажа перевозчик обязуется доставить багаж в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение багажа лицу, **а пассажир обязуется уплатить плату за провоз багажа.** Основанием, дающим право на перевозку багажа, является заключение договора перевозки пассажира. **Поэтому договор перевозки багажа носит по отношению к договору перевозки пассажиров зависимый и дополнительный характер.**

Договор перевозки багажа считается заключенным в момент принятия его к перевозке, то есть является **реальным договором.** Принятие багажа к перевозке обычно оформляется "багажной квитанцией (жетоном, выпиской и т. п.). Однако этот документ далеко не всегда является письменной формой договора перевозки пассажира. Обычно он лишь свидетельствует о наличии уже заключенного договора. Поэтому в литературе отмечается, что данный договор, подобно договору перевозки пассажира, может быть заключен не только в письменной форме⁷³.

В транспортном законодательстве РК и в международных конвенциях и соглашениях предусматриваются определенные ограничения в приеме багажа в целях обеспечения безопасности и удобства проезда пассажиров, сохранности транспортного средства и безопасности движения. Так, например, запрещается предъявлять к перевозке багажом **огнеопасные, взрывчатые, легковоспламеняющиеся, отравляющие, ядовитые, едкие, зловонные вещества, предметы с превышением установленных габаритов и веса и т. д.**

При сдаче багажа к перевозке пассажир может объявить его ценность, доплатив соответствующую сумму перевозчику в размере, обычно установленном тарифом. При международных перевозках сумма объявленной ценности должна быть определена в валюте государства отправления и указана в квитанции.

⁷³ См.: Сапрыкин Ф. И. "Международно-правовые проблемы использования воздушного пространства государств-участников СНГ" // Московский журнал международного права. № 4. 1993. С. 16.

Обязанностью перевозчика по договору перевозки багажа является **своевременная доставка багажа в сохранности и выдача его управомоченному на получение багажа лицу**. В этих целях предусматривается ряд обязанностей перевозчика относительно порядка приема багажа к перевозке, сроков его доставки, мер обеспечения сохранности багажа и т. д. По законодательству РК эти обязанности перевозчиков конкретизируются в Правилах перевозки пассажиров и багажа.

Основная обязанность пассажира по договору перевозки багажа заключается в **оплате провоза багажа**. Ставки оплаты провоза багажа предусматриваются **тарифами**.

Провоз ручной клади ("другого багажа"), в отличие от багажа не оплачивается.

Багаж, доставленный в пункт назначения, перевозчик обязан выдать управомоченному лицу, каковым является держатель багажной квитанции (билета, расписки, жетона и т. п.). Им может быть как сам пассажир, так и любое другое лицо, которому пассажиром передана багажная квитанция и полномочия которого на получение багажа перевозчик не обязан проверять.

Багаж, доставленный в пункт назначения и не востребованный пассажиром, обычно принимается на хранение перевозчиком. Предусматриваются сроки хранения, по истечении которых перевозчик вправе реализовать багаж (например, в РК - 30 дней).

За нарушение обязательств при перевозке багажа стороны несут установленную **имущественную ответственность**. Обычно ответственность перевозчика за несохранность багажа строится на тех же принципах, что и при перевозке груза. Так, перевозчик отвечает за необеспечение сохранности перевозимого багажа, а также за несвоевременную доставку его в пункт назначения. За утрату или недостачу багажа перевозчик отвечает в размере стоимости утраченного или недостающего багажа. Если стоимость багажа установить невозможно, то транспортное предприятие несет ответственность в размере предусмотренном тарифом.

Факт утраты, недостачи, порчи или повреждения багажа по требованию пассажира оформляется актами установленной формы, которые обычно составляются в момент выдачи багажа.

В случае нарушений, допущенных пассажиром при сдаче багажа, он несет установленную нормами транспортного права имущественную ответственность. В частности, по транспортному законодательству РК при обнаружении в сдаваемом к перевозке багажа предметов, перевозка которых багажом запрещена, владелец багажа уплачивает штраф с каждого места багажа в размере, предусмотренном тарифами. Пассажир возмещает также ущерб, причиненный при перевозке такого багажа.

Забота о целостности и сохранности ручной клади ("другого багажа") лежит на самом пассажире. Поэтому перевозчик не отвечает за ее сохранность, если последняя произошла вследствие отсутствия должной заботливости со стороны пассажира. Однако за сохранность руч- 300 '

НОИ клади, вызванной действиями самого перевозчика (например, при аварии автобуса), он несет имущественную ответственность.

Возмещение за несохранность ручной клади производится в размере допущенного ущерба - стоимости утраченной ручной клади или суммы, на которую понизилась ее стоимость в результате

повреждения. Иногда устанавливается ограничение возмещаемых сумм.

Претензии и иски по договору перевозки пассажира и багажа. Гражданский кодекс не регулирует порядок предъявления претензии по перевозкам пассажиров и багажа, и по этим вопросам сохраняются нормы действующего транспортного законодательства. Вместе с тем **на** эти отношения распространяются действия Закона о защите прав потребителей и изданные в соответствии с ним иные нормативные правовые акты. На это, в частности, указывает ст. 7 Закона РК "О введении в действие Гражданского кодекса РК (Особенная часть)" от 1 июля 1999 года, в соответствии с которой "в случаях, когда одной **из** сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий, либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, он пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с ГК (Особенная часть), а также правами, предоставленными потребителю Законом о защите прав потребителей и изданными в соответствии с ним иными правовыми нормативными актами.

В ст. 17-1 Закона о транспорте сказано, что до предъявления к перевозчику иска по спорам, связанного с перевозкой, **обязательно** предъявление ему претензии. Причем, обязательность предъявления претензий распространяется на основании вышеуказанного закона, как по перевозкам грузов, так и по перевозкам пассажиров.

Право на предъявление перевозчику претензии в случае нарушения договора перевозки пассажира и багажа имеют: в случае утраты - предъявитель багажной квитанции, в случаях недостачи или повреждения (порчи) багажа или просрочки его доставки - предъявитель багажной квитанции и выданного железной дорогой коммерческого акта о недостаче, порче, повреждении багажа, а в случае задержки отправления или опоздания пассажирского поезда - предъявитель проездного документа (билета) (ст. 89 Закона РК «О железнодорожном транспорте»).

Пункт 3 ст. 33 ГК РК устанавливает исключительную подсудность по делам, вытекающим из договоров перевозки, по месту нахождения постоянно действующего органа транспортной организации.

Срок предъявления претензии определен в ст. 17-1 Закона о транспорте и в Законе РК «О железнодорожном транспорте», если претензия отклонена или ответ не получен в срок, установленный в ст. 17-1 Закона о транспорте, у заявителя возникает право на предъявление иска.

Срок исковой давности по требованиям, вытекающим из перевозки пассажиров, регулируется в порядке установленном законодательством (ст. 17-1 Закона о транспорте). Так, согласно ст. 93 Закона РК «О железнодорожном транспорте» срок исковой давности по договору перевозки пассажира, багажа, грузобагажа установлен в шесть месяцев.

Глава 44. Договор транспортной экспедиции

§ 1. Понятие договора транспортной экспедиции

Договор экспедиции является самостоятельным и исключительно транспортно-вспомогательным

договором. Отсюда и его название транспортная **экспедиция** (от лат. *expeditio* - отправление).

Перевозка грузов, как правило, не может охватить весь процесс движения грузов от склада отправителя до склада получателя. Требуется совершение еще ряда работ, как предшествующих перевозке, так и завершающих ее. Перед отправкой груза необходимо, например, доставить его в пункт отправления (станцию, порт, пристань), сдать перевозчику, оформить перевозочные документы. А по прибытии груза в пункт назначения его нужно принять от перевозчика и доставить грузополучателю. Такие сложности в организации перевозок привели к тому, что уже с середины XIX века стали доверять операции с грузами профессиональным специалистам, которые называли себя экспедиторами (*forwarders* - англ. яз, *spredeutezen* - нем. яз.) грузовладельцев.

Содержание таких вспомогательных к перевозке работ обычно называют транспортной экспедицией. Основным содержанием этого договора является то, что он освобождает отправителей и получателей от выполнения несвойственных им действий по организации грузоперевозочного процесса. Поэтому содержанием функцией, которая возлагается на экспедитора, является то, что по поручению клиента он отправляет или получает грузы, а также оказание ему иных дополнительных услуг.

На отношения транспортной экспедиции распространяются правила главы 45 ГК, а также в части, не урегулированной этой главой, к отношениям по договору экспедиции соответственно применяются положения главы 41 ГК, если экспедитор по условиям договора действует от имени клиента, и положения главы 43 ГК, если он действует от своего имени. Кроме того, на эти отношения распространяются нормы Закона о транспорте, а также транспортные законодательные акты и иные законодательные акты Республики Казахстан.

Транспортная экспедиция регламентируется и специальным законодательством. Условия и особенности экспедиционного обслуживания, которое в основном в Республике Казахстан осуществляется автомобильным транспортом, определяется в УАТ, где имеется краткий раздел о таких операциях и услугах (раздел 8), и в изданных в его развитие Правилах выполнения транспортно-экспедиционных операций при централизованном завозе-вывозе грузов автомобильным транспортом общего пользования со станций железных дорог, аэропортов и пристаней Казахской ССР, утвержденных 12 марта 1975 года Минавтотрансом. К этим правилам приложен Типовой договор на выполнение транспортно-экспедиционных операций.

Казахстан является членом Международной федерации ассоциаций экспедиторов грузов (ФИАТА), поэтому нормы ФИАТА являются обязательными для экспедиторов Казахстана.

Статья 708 ГК этому договору дает следующее определение: "По договору транспортной экспедиции одна сторона (экспедитор) обязуется за вознаграждение и за счет другой стороны (клиента - отправителя или получателя груза) выполнить или организовать выполнение определенных договором экспедиции услуг, связанных с перевозкой груза, в том числе заключить от имени клиента или от своего имени договор (договоры) перевозки груза".

Основным признаком, вытекающим из данного определения, является оказываемая экспедитором

услуга по заключению от своего имени или от имени клиента и за его счет в интересах последнего с третьим лицом (перевозчиком) договора перевозки или завершения исполнения ранее заключенного перевозочного договора.

В нашей цивилистической литературе до последнего времени и в законодательстве проводился принцип, что экспедитор не осуществляет перевозку грузов, а лишь выполняет и организует выполнение определенных договором экспедиции услуг, связанных с перевозкой груза. Тем не менее новое транспортное законодательство РК довольно широко определяет договор экспедиции. Так, на железнодорожном транспорте экспедиторские организации могут действовать от имени железных дорог. Следовательно, перечень этих услуг открытый, поэтому экспедитор может осуществить и перевозку груза.

Экспедитор может выступать и в качестве посредника (без ответственности перевозчика груза). В таком случае он выполняет функции, предусмотренные ст. 708 ГК, то есть по нашему законодательству экспедитор не может "поглощать перевозчика" (здесь экспедитор действует отдельно). Однако, в законодательстве определяются случаи, когда перевозчик осуществляет не только перевозку груза, но и выполняет обязанности экспедитора в соответствии с договором.

Если экспедитор выступает в качестве оператора перевозки грузов в прямом смешанном сообщении, то гражданское законодательство в этом случае дает право (п. 2 ст. 166 ГК) совмещать в этом лице функции экспедитора грузоотправителя и перевозчика (договорного). От экспедитора требуется "исполнять данные поручения с заботливостью обычного предпринимателя".

На практике десятки экспедиторов работают на основе консамента ФИАТА, согласно которой экспедитор несет ответственность в качестве принципала (договорного перевозчика).

Новое гражданское законодательство не ограничивает экспедитора какими-то рамками, позволяя ему с согласия отправителя груза определять каким видом транспорта перевозить грузы отправителя, учитывая при этом интересы отправителя, уровень тарифов и сроки доставки (ст. 708 ГК).

Эти варианты на практике имеют важное значение, так как устанавливается разная ответственность экспедитора, выступающего в качестве перевозчика груза, и экспедитора, играющего роль посредника.

Таким образом, хотя гражданское законодательство прямо не предусматривает различные виды транспортной экспедиции, но исходя из принципов диспозитивности и свободы договора на практике допустимы различные варианты транспортной экспедиции.

Договор транспортной экспедиции является взаимным и возмездным. Он может быть и реальным и консенсуальным. Договор транспортной экспедиции по своей правовой сущности является договором по организации перевозок (ст. 692 ГК), но может быть и реальным, когда экспедитором выступает перевозчик.

§ 2. Элементы договора транспортной экспедиции

Согласно ст. 708 ГК клиентами являются отправитель и получатель груза. Наряду с ними клиентами могут быть и другие лица, в частности,

собственник имущества и иные лица, связанные с перевозкой груза.

Экспедитором может выступать только предприниматель (юридическое или физическое лицо). Обязанности экспедитора может исполнять также перевозчик, осуществляющий перевозку груза.

Для осуществления экспедиционной деятельности необходимо получение лицензии (ст. 7 Закона о транспорте).

На основании ст. 711 ГК экспедитор вправе привлечь к исполнению своих обязанностей других лиц. В этом случае он слагает с себя ответственность за исполнение договора третьим лицом, на которое возложено исполнение (ст. 711 ГК).

В большинстве случаев экспедиционные операции осуществляются автомобильным транспортом, особенно полный цикл экспедиционных операций производится при централизованном завозе (вывозе)

¹ В целях стандартизации оформления перевозок договора транспортной экспедиции ФИАТА в 1984 году создала проформу экспедиторского поручения - FLATA Forwarding Instruction-FFI.

грузов автотранспортом на станции железных дорог, в морские и речные порты (на пристани) и аэропорты.

Законодательство о транспортной экспедиции строится на основе принципа выполнения экспедиционных услуг за счет клиента.

Поскольку в этом случае экспедитор действует от лица клиента (отправителя, получателя), он представляет клиента перед перевозчиком и осуществляет все права клиента, но не от своего имени, а от имени клиента.

Отсюда, право перевозчика осуществлять свои права в отношении грузовладельца (клиента - отправителя, получателя), представителем которого является автотранспортная организация, она же экспедитор. В этом случае с последней же перевозчик никаких правоотношений не имеет, а потому взыскивать санкции (штраф, неустойка) может и должен только с грузовладельца, имеющего право регресса к своему экспедитору (поверенному). В этом случае, участником договора перевозки, которого можно назвать грузоотправителем, является грузовладелец, дающий экспедитору поручение. Только ему принадлежат все права, вытекающие из договора перевозки, и только на нем лежат все обязанности, им налагаемые, а также вся ответственность за действия экспедитора, несущего, в свою очередь, ответственность перед клиентом.

Статья 708 ГК предусматривает выполнение экспедитором полного транспортно-экспедиционного обслуживания, когда он принимает на себя весь цикл экспедиционных операций, включая и перевозку, действуя от своего имени. В этом случае экспедитор обязан сам реализовать все требования к перевозчику, возникшие в связи с заключенным им договором перевозки груза, либо возместить убытки клиенту из своих средств. В тех случаях, когда экспедитор заключает договор перевозки с перевозчиком, указывая в качестве получателя действительного адресата груза, решение вопроса об ответственности перевозчика перед экспедитором (грузоотправителем по накладной) или перед грузополучателем разрешается на основаниях, установленных соответствующими законодательными актами о транспорте. Это означает, что экспедитор принимает на себя ручательство за выполнение договора перевозки лишь в том случае, если предъявляет сам претензии и иск к перевозчику. Он в любом случае обязан без промедления уведомить клиента о нарушении третьим лицом договора перевозки и обеспечить необходимые доказательства.

Относительно формы договора транспортной экспедиции. Статья 709 ГК требует его заключения в письменной форме (ст. 152 ГК).

Клиент должен выдать экспедитору доверенность, если экспедитор выступает от его имени.

Предметом договора транспортной экспедиции являются услуги, которые подразделяются на основные (организация и выполнение перевозок) и дополнительные (организующие и формирующие грузопотоки). Экспедитор, следовательно, может осуществить ряд дополнительных услуг. Чтобы отправить груз, например, нужно получить требующиеся для экспорта документы, выполнение таможенных и иных формальностей и т.д. На возможность выполнения этих дополнительных услуг и указывает п. 2 ст. 708 ГК. Такие услуги могут носить характер юридический, и тогда это будет содержанием договора экспедиции. Если эти дополнительные услуги сопряжены с юридическими полномочиями

экспедитора перед перевозчиком, то они войдут в состав договора транспортной экспедиции. В противном случае они будут предметом самостоятельных договоров (хранения, подряда и т.д.). Срок договора транспортной экспедиции определяется договором, который может быть разовым или об организации перевозок.

Клиент обязан уплатить экспедитору **вознаграждение** в размере и **в** порядке установленном в договоре транспортной экспедиции. Помимо уплаты вознаграждения клиент обязан возместить экспедитору **все** расходы, произведенные им в интересах клиента.

Содержание договора транспортной экспедиции образуют права и обязанности сторон. Содержание прав и обязанностей зависит от **того**, в какой роли выступает экспедитор. Если экспедитор выступает **от** имени клиента (выполнение экспедиторских обязанностей на основе договора поручения), то здесь главным является то, что права и обязанности по такому роду сделки, совершенным экспедитором, возникают непосредственно у клиента, а не у экспедитора.

В этом случае: экспедитор не проверяет вес и число мест груза, если на это не выдано специальное экспедиторское поручение; экспедитор следует указаниям клиента, но обязан обратить внимание на безопасную доставку груза.

Клиент обязан сам обеспечить заполнение транспортных накладных в пункте отправления; объявлять стоимость груза и отвечать за последствия неисполнения этого; обеспечить банковские гарантии.

Перечень прав и обязанностей определяется в экспедиторском поручении.

Клиент-доверитель вправе: в любое время отменить поручение; отвести заместителя, избранного поверенным.

В случае, когда экспедитор организует перевозку груза от своего имени, но за счет клиента (выполнение экспедиторского поручения на основе договора комиссии).

Экспедитор от своего имени оформляет перевозочный документ (накладную, коносамент).

Во всех случаях клиенту выдается или оригинал транспортного документа или "Свидетельство экспедитора об организации перевозок" часто называемой "экспедиторской транспортной накладной".

Экспедитор-комиссионер обязан: исполнить поручение на наиболее выгодных условиях; нести ответственность перед комитентом за несохранность груза; по исполнению поручения предоставить комитенту счет и передать ему все полученное по договору и др.

Клиент-комитент вправе: в любое время отказаться от исполнения договора.

Клиент обязан: уплатить экспедитору вознаграждение, возместить понесенные им расходы, принять все исполненное по договору, выполнить и другие обязанности, предусмотренные в договоре.

При выполнении экспедиторского поручения на основе правовых норм договора перевозки, права и обязанности исполняются так, как при договоре перевозки (ст. 689 ГК). ^

Особой обязанностью клиента, закрепленной в ст. 710 ГК, является предоставление экспедитору документов, относящихся к грузу, а также информация о свойствах груза, условиях его

перевозки, а также иной информации, необходимых экспедитору для исполнения договора. Причем экспедитор обязан сообщить клиенту груза об обнаруженных недостатках полученной информации, а в случае неполноты информации запросить у клиента необходимые дополнительные данные. Непредоставление клиентом такой информации дает право экспедитору не приступать к исполнению своих обязанностей по договору до тех пор, пока не получит необходимой информации. Он также вправе потребовать от клиента возмещения убытков, причиненных непредоставлением необходимых документов и информа-

ции. Закон³ выделяет требования к сторонам в отношении **опасных грузов**.

Клиент обязан своевременно предоставить экспедитору все касающиеся груза документы, требуемые в соответствии с таможенными санитарными или иными административными правилами, и несет ответственность перед экспедитором за убытки, причиненные вследствие несвоевременной передачи, недостоверности или неполноты этих документов.

На основании ст. 712 ГК экспедитору предоставлено новое право **право удержания груза**. Причем, только в связи с неполнотой возна-

- В целях стандартизации свидетельств экспедитореиорганизации перевозок IATA подготовлена в 1959 году проформа FST (Forwards Certificate of transport). 308

г-паяжения которое он должен получить за экспедиционные услуги, независимо от объема его ответственности (перевозчика и посредника) и производимых операций (перевозка грузов или вспомога-

Тел'КаГэкТпедТор', так и клиент вправе отказаться от исполнения договора предупредив об этом другую сторону в разумный срок, при **Условии** возмещения этой стороне убытков, вызванных односторонним отказом от исполнения договора экспедиции (ст. 714 1 К).

§ 3. Имущественная ответственность по договору транспортной экспедиции

Имущественная ответственность. За неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по договору транспортной экспедиции экспедитор несет ответственность по основаниям и в размере определяемых в соответствии с правилами главы 20 ГК (ст. 13 и к. Таким образом, экспедитор, в отличие от перевозчика, несет **повышенную ответственность**, должен возмещать все убытки, а не в пределах стоимости груза, и отвечать как предприниматель за предпринимательский риск (п. 2 ст. 359 ГК). В **отношении** требования к экспедитору действует общий 3-летний срок исковой давности (ст. 178

ГК. Вместе с тем, в соответствии с п. 2 ст. 713 ГК, если экспедитор докажет что нарушение обязательства

вызвано ненадлежащим исполнением договоров перевозки, то есть связано с виной перевозчика, **ответственность** экспедитора перед клиентом определяется теми же правилами по которым перед экспедитором отвечает соответствующий **перевозчик** то есть возможна и **ограниченная ответственность**.

Следовательно, законодатель предусматривает разную ответственность экспедитора, выступающего в качестве перевозчика груза, и экспедитора, играющего роль посредника.

Глава 45. Договор займа

По договору займа одна сторона (заимодаватель) передает, а в случаях, предусмотренных ГК или договором, обязуется передать в собственность (хозяйственное ведение, оперативное управление) другой стороне (заемщику) деньги или вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется своевременно возратить займодателю такую же сумму денег или равное количество вещей того же рода и качества (п.1 ст. 715 ГК).

Общие положения о займе. Заем является одним из старейших гражданскоправовых обязательств, правовое регулирование которого традиционно закрепляется в гражданском законодательстве. Обязательство займа по ГК во многом сохранило традиционные положения правового регулирования, основным из которых, исходя из приведенного определения займа, являются передача одной стороной, именуемой займодателем, другой стороне, именуемой заемщиком, денег или вещей, определяемых родовыми признаками, на условиях срочности возвратности и, как правило, платности. В то же время оно содержит в себе и ряд существенных новшеств по сравнению с ранее действовавшим гражданским законодательством, в частности, с нормами ГК Казахской ССР и Основ гражданского законодательства. Правовое регулирование займа, закрепленное в ГК, имеет различия и с правовым регулированием займа по законодательству других стран бывшего Советского Союза, что необходимо учитывать при изучении норм о займе и применении их на практике.

Сторонами договора, как уже отмечалось, являются займодатель и заемщик. Необходимо отметить, что ГК ввел новое название одной из сторон договора - «займодатель» вместо, ранее применявшегося в законодательстве Казахстана и применяющегося в настоящее время в законодательстве Российской Федерации, названия этой же стороны договора «займодавец».

Традиционно договор займа относился к **реальным** договорам, в соответствии с которыми для заключения договора необходима передача займодателем заемщику определенного имущества, являющегося предметом займа. При этом положение о реальности договора закреплялось в законодательстве императивно. Существенным новшеством правового регулирования займа по Особенной части ГК является отказ от императивности правила о реальности договора займа. Договор займа считается заключенным с момента передачи предмета займа займодателем заемщику, если иное не предусмотрено ГК или соглашением сторон. Например, в ГК предусмотрено диаметрально противоположное правило о порядке заключения такой разновидности - 310

СКОГО займа считается, по общему правилу, заключенным с момента оформленного надлежащим образом соглашения сторон, если иное не предусмотрено этим договором. То есть для договора банковского займа предусмотрена презумпция консенсуальности, если только реальность этого договора не предусмотрена соглашением сторон. К тому же, в соответствии с диспозитивностью правила о реальности договора займа, любой договор займа по соглашению сторон может выступать в качестве консенсуального договора, то есть вступать в силу с момента заключения/Следовательно, договор займа

может являться как реальным - по умолчанию сторон при заключении договора или прямом указании об этом в договоре, так и консенсуальным - при достижении соглашения о вступлении в силу договора с момента заключения либо при прямом указании законодательства о консенсуальности отдельных видов договора займа.

В зависимости от реальности или консенсуальности договора займа он может быть односторонним либо двусторонним. Реальный договор займа является односторонним - займодаделец имеет право требования, все обязанности возлагаются на заемщика. В консенсуальном договоре займа обязанностям заемщика предшествует обязанность займодателя по передаче заемщику предмета займа. По консенсуальному договору займа, если после заключения договора займодаделец не исполняет своей обязанности по передаче предмета займа, заемщик имеет право требования такой передачи и возмещения убытков в связи с неисполнением займодателем своей обязанности.

Необходимо отметить и особенности договора займа, предусматривающего передачу денег или вещей частями. В соответствии со ст. 717 ГК установлено диспозитивное правило, что такой договор считается заключенным с момента передачи первой ее части. Особенность же договора заключается в том, что даже реальный договор займа, предусматривающий предоставление предмета займа частями, после передачи первой ее части трансформируется в консенсуальный договор, по которому заемщик вправе требовать передачи последующих частей предмета займа, и этот договор должен содержать необходимые существенные условия, предусмотренные для консенсуального договора, в том числе и условия о размерах и сроках предоставления соответствующих частей предмета займа.

Форма договора займа определяется в соответствии с общими правилами о форме сделки, предусмотренными ст. ст. 151-152 ГК. Договор займа, заключаемый не в связи с осуществлением предпринимательской деятельности (бытовой заем), а также денежный заем на сумму менее ста месячных расчетных показателей или заем, стоимость предмета которого не превышает ста месячных расчетных показателей, может быть заключен в устной форме. Договор займа должен быть заключен в простой письменной форме, если он совершен в ходе осуществления предпринимательской деятельности, при этом не имеет значение сумма займа, или если сумма денежного бытового займа или стоимость предмета бытового займа превышает сто месячных расчетных показателей, а также в иных случаях, предусмотренных законодательством или соглашением сторон. Несоблюдение простой письменной формы не влечет, по общему правилу, 281
недействительности договора займа, но лишает стороны с случае спора подтверждать заключение договора, его содержание или исполнение свидетельскими показаниями. В то же время для отдельных видов договора займа ГК и другими законодательными актами установлена обязательная письменная форма под страхом недействительности ее несоблюдения, например, для договора государственного займа и договора банковского займа.

В отличие от общих норм ГК о письменной форме сделки Особенная часть ГК предусматривает

особенности для займа, в соответствии с которыми договор займа признается заключенным в надлежащей письменной форме при наличии расписки заемщика или иного документа, удостоверяющего передачу ему займодателем определенной суммы денег или определенного количества вещей. Расписка или иной документ, подтверждающий передачу предмета займа займодателем заемщику, должен содержать определение сторон договора займа; - заемщика и займодателя, а также предмета займа - род и качество вещей и их количество или количество денег. Необходимо отметить, что в п. 2 ст. 716 ГК не совсем корректно упоминается об облигации, как надлежащей форме договора займа. Обязательство займа можно безусловно оформить при помощи облигации. Но облигация, как разновидность ценных бумаг, является альтернативным договорному способу оформления отношений по займу. К отношениям по приобретению облигации должны применяться не нормы о займе, а нормы о купле-продаже ценных бумаг и о порядке обращения ценных бумаг, в особенности о порядке обращения облигаций. Если по договору займа, даже заключенному с нарушением требований о форме сделки, в дальнейшем выдается облигация, то договор займа прекращается в связи с новацией - заменой заемных отношений отношениями, вытекающими из ценной бумаги.

Предметом займа могут быть деньги и вещи, определенные родовыми признаками, что является существенным признаком данного обязательства. Деньги, как имущество, также относятся к вещам, определенным родовыми признаками, и выделение денег в качестве специального предмета займа произведено как в связи с тем, что 312 большая часть заемных обязательств использует в качестве предмета именно деньги, так и в связи с наличием особенностей правового регулирования займа денег и займа вещей (например, по презумпции вознаграждения по договору займа).

Предметом займа могут выступать, как правило, только **потребляемые** вещи, то есть вещи, при использовании которых они: уничтожаются либо их форма, вид или качество существенно изменяется по сравнению с первоначальной формой, видом и качеством, что также является существенным признаком данного обязательства. Существо денег, как определенного специфического вида имущества - абстрактного орудия обмена и средства платежа, предполагает при их использовании в соответствии с их функциональным назначением в имущественном обороте их передачу третьим лицам в обмен на получение иного имущества или иных благ, что определяет, по нашему мнению, деньги в качестве потребляемых вещей.

Признак потребляемости вещей или отнесение вещей к вещам, определенным родовыми признаками, либо к индивидуально-определенным вещам довольно условный (как и многие юридические определения, например, с развитием технических возможностей стало возможным перемещение недвижимых вещей без ущерба их назначению, что превращает определение недвижимости в условное) и зависит от предназначения имущества в определенной сделке и цели этой сделки. Индивидуально-определенные или непотребляемые вещи (например, оборудование, технический инвентарь, бытовая техника и т.п.) не могут, как

правило, быть предметом займа. К передаче такой индивидуально-определенной либо непотребляемой вещи от одного лица к другому в зависимости от условий такой передачи (в собственность, в том числе и в собственность с правом последующего обратного выкупа, во временное пользование и т. п.) должны применяться соответствующие нормы о купле-продаже, имущественном найме, безвозмездном пользовании имуществом и т. д. В то же время в ряде случаев имущество, определяемое обычно в гражданском обороте как индивидуально-определенное либо непотребляемое, может в зависимости от цели сделки и намерения ее сторон выступать и как вещь, определенная родовыми признаками или как потребляемая вещь. Например, для торговой организации, торгующей вещами, относимыми обычно к индивидуально-определенным либо непотребляемым, эти вещи являются товаром и выступают для нее вещами, определенными родовыми признаками (например, бытовая техника, автомашины и т. д.) либо потребляемыми вещами, так как использование товара по его функциональному назначению предполагает их продажу и прекращение права собственности на него. И торговая организация вправе предоставить другой торговой организации заем такими товарами, и к этим отношениям будут применяться нормы о займе.

По договору займа предмет займа передается в собственность заемщика для дальнейшего его использования последним для собственных нужд как предпринимательского, так и непредпринимательского характера. Передача предмета займа не является дарением - заемщик обязан вернуть по истечению определенного времени либо по требованию займодателя равное количество вещей того же рода и качества, соответствующего полученным вещам. При получении в заем денег заемщик обязан вернуть займодателю равное полученному количество денег.

В качестве предмета займа могут выступать как наличные, так и безналичные деньги. В законодательстве нет какого-то четкого определения безналичных денег, хотя этот термин широко используется в юридической теории и юридической литературе. Безналичными деньгами являются права требования клиента банка к обслуживаемому его банку, в котором на банковском счете находятся деньги клиента, внесенные им в банк либо поступившие в его пользу от третьих лиц. Безналичные деньги выражаются в определенной сумме, которую клиент вправе получить из банка. Абстрактный и безусловный характер прав требования в случае безналичных денег позволяет их использование наравне с наличными деньгами, в том числе и в качестве предмета займа, и это использование безналичных денег наравне с наличными в настоящее время закреплено в качестве нормативного правила или обычая делового оборота. Например, в Законе «О платежах и переводах денег»²⁸ имеется прямой запрет на осуществление платежей наличными деньгами между юридическими лицами на сумму, превышающую 4000 месячных расчетных показателей.

Государственная поддержка использования безналичных денег наравне с наличными обусловлена фискальными, финансовыми и иными экономическими государственными функциями. Использование большого объема наличных денег потребует от государства эмиссии большего количества денежных знаков, что само по себе

является дорогостоящим занятием. К тому же регулирование объема налично-денежного обращения является одним из инструментов воздействия на макроэкономическую ситуацию, в том числе и на инфляционный процесс в экономике страны. В свою очередь развитие безналичных расчетов и возрастание их объема в общем денежном обороте способствует развитию и укреплению банковской системы, что способствует экономическому развитию, экономической стабильности и имеет благоприятное воздействие на экономику в целом. /

в ряде случаев использование наличных денег в качестве предмета займа может относиться к существенным условиям договора займа по заявлению об этом одной из сторон договора. В частности, когда заемщик не имеет возможности для использования займа денег в безналичной форме в связи с целями, на которые его получает, и для достижения целей займа необходимы наличные деньги. Например, заемщик предполагает получить заем для закупки сельскохозяйственной продукции в отдаленных от крупных населенных пунктов районах, где население, как правило, не имеет банковских счетов и расчет должен осуществляться в наличной форме, а выдачу займа предполагается осуществить без его зачисления на банковский счет заемщика со специального ссудного счета банка-займодателя. Получение наличных денег при займе может иметь существенное значение также при банковских кризисах и при возникновении систематических банковских неплатежей, когда заем в безналичной форме не может быть использован заемщиком для расчетов с третьими лицами.

По ранее действовавшему законодательству вознаграждение (по ранее используемой терминологии - проценты за пользование займом) по договору займа выплачивалось в случаях, когда оно предусматривалось договором. ГК РК по-новому разрешил вопрос вознаграждения по договору займа, причем в зависимости от использования в качестве предмета займа денег или вещей. В соответствии со ст. 718 ГК заемщик обязан выплачивать по договору займа денег вознаграждение^{^^}Зймодателю в размере, определенном договором, если законодательными актами или соглашением сторон не предусмотрено иное, например, если законодательными актами не определен размер вознаграждения или установлен запрет на взимание вознаграждения по отдельным видам договора займа денег. При займе вещей ГК сохранил ранее действовавшую в законодательстве презумпцию отсутствия вознаграждения по займу при неуказании об этом в договоре, и выплата вознаграждения по займу вещей допускается только в случае, когда размер и форма (денежная или натуральная) вознаграждения предусмотрены договором.

Порядок и сроки выплаты вознаграждения могут устанавливаться условиями договора займа, а при отсутствии в договоре таких условий вознаграждение должно выплачиваться ежемесячно. При просрочке заемщиком обязанностей по возврату предмета займа вознаграждение выплачивается за весь период пользования предметом займа, то есть по день фактического исполнения заемщиком своих обязанностей по возврату предмета займа. При этом необходимо иметь в виду, что с учетом потребляемого характера вещей, используемых в качестве предмета

займа, понятие «пользование заемщиком предметом займа» довольно условно, и заемщик считается использующим предмет займа до фактического исполнения своих обязанностей по возврату предмета займа.

Как правило, договор займа применяется для оформления чисто заемных отношений, существо которых ограничивается предоставлением займодателем заемщику предмета займа. В то же время элементы договора займа, как и любого гражданско-правового договора, могут содержаться в смешанных договорах, существо которых не ограничивается только одним обязательством и которые могут содержать несколько различных обязательств, в том числе, заем. Как правило, элементы договора займа могут содержаться в смешанных договорах, исполнение которых связано с передачей денег или вещей, определенных родовыми признаками, до исполнения противоположной стороной своих взаимных обязанностей, например, в договорах купли-продажи, подряда и т. п. Элементами договора займа в таких смешанных договорах могут оформляться отношения по передаче денег или вещей, определенных родовыми признаками, и эти отношения соответственно регулируются нормами о займе. Так, в договорах купли-продажи отношения по предоставлению аванса, предварительной платы могут быть выполнены в виде заемного обязательства, например, покупатель предоставляет срочный или бессрочный займ продавцу, а при выполнении продавцом своих обязанностей сторонами производится зачет взаимных требований по обязательствам возврата займа и обязательствам выплаты цены. Необходимо иметь в виду, что хотя в п. 2 ст. 715 ГК предусматривается возможность предоставления займа в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки оплаты товаров (работ и услуг), указанные понятия не тождественны займу. Заемным обязательством оформляются обязанности стороны договора по уплате денег вместо его обязанности по предоставлению аванса или предварительной оплаты, при которой плательщик выступает в качестве займодателя, а получатель денег - заемщика, а также обязанности по уплате денег, вытекающие из условий договора по отсрочке и рассрочке платежа, при которой плательщик выступает в качестве заемщика, а получатель платежа - займодателя. При оформлении указанных денежных обязательств договором займа отношения сторон регулируются нормами о займе. Но при их оформлении в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки или рассрочки платежа эти отношения регулируются соответствующими нормами договора о передаче имущества, производству работ или оказанию услуг (купи-продажи, подряда, возмездного оказания услуг и т. п.) об авансовой форме оплаты, о предварительной оплате, об отсрочке или рассрочке платежа. Применение элементов договора займа в соответствующих договорах по передаче имущества, производству работ и оказанию услуг, осложненных условиями аванса, предварительной оплаты, отсрочки и рассрочки платежа, может быть обусловлено потребностью упрощения регулирования отношений по осложненным договорам. При применении элементов займа осложненное обязательство трансформируется в два более простых обязательства

- займа и передачи имущества (производства работ, оказания услуг).

Помимо включения элементов договора займа в договоры по передаче имущества, производству работ или оказанию услуг, что происходит, как правило, при их заключении, договором займа может быть оформлено любое денежное обязательство, возникшее из любого возмездного договора (по передаче имущества, производству работ и оказанию услуг), при достижении соглашения сторон о замене первоначального денежного обязательства, вытекающего из какого-либо возмездного договора, на денежное обязательство займа. Такая замена первоначального денежного обязательства на обязательство займа является новацией обязательств и влечет прекращение первоначального обязательства в связи с заменой его на заемное обязательство. При этом, независимо от формы договора, которым было оформлено первоначальное обязательство, заемное обязательство должно содержать форму договора, соответствующую предусмотренным законодательством требованиям к форме договора займа.

Условия договора займа. ГК не имеет специальной нормы о существенных условиях договора займа, предписанных законодательством, поэтому существенные условия договора займа должны определяться в соответствии с общими нормами ГК о существенных условиях договора, предусмотренными ст. 393 ГК. Согласно этой статье одним из существенных условий любого договора, предписанного законодательством, является условие о его предмете. Такие условия считаются согласованными, если договор позволяет определить наименование и количество вещей, передаваемых в заем.

Указание в договоре, что предметом займа являются деньги в определенном количестве, является достаточным для определения предмета договора денежного займа. При этом необходимо иметь в виду то, что в соответствии с валютным и банковским законодательством при расчетах внутри страны между резидентами казахстанское тенге является единственным законным платежным средством. Использование иностранной валюты в соответствии с валютным законодательством для расчетов внутри страны между резидентами запрещено, а сам оборот наличной валюты - жестко ограничен. Иностранная валюта выступает деньгами только при расчетах по внешнеэкономическим сделкам. Соответственно, иностранная валютаTM * выступать предметом займа только по внешнеэкономической *ет вору с соблюдением требований валютного законодательства^{Дого~}

При займе вещей для определения предмета договора необ,TM указание на наименование вещей, являющихся предметом .я? ⁰ также указание об их количестве. Помимо этого, условия о пеп. ¹ ³ предмета займа вещей, определенных родовыми признаками Г' ветствуют условиям передачи предмета купли-продажи вещей п!^{от"} деленных родовыми признаками. Так, если условиями договора, вещей предусмотрена передача предмета займа в определенном сорimente, то условия об ассортименте также будут относиться * существенным условиям, требующим их согласования сторонами пТ передаче в заем вещей в определенном комплекте, условия о пп плекте также будут относиться к предмету займа, и согласовав" комплекта будет

относиться к существенным условиям договора условия о комплектности, как правило, определяется нормативно" техническими документами или обычаями делового оборота по поводу указания о наименовании вещи, использование которой возможно только при определенной комплектности отдельных ее частей" достаточно для определения комплектности. В то же время сторонам при заключении договора займа могут оговорить комплектность отличающуюся от закрепленной в нормативно-технической документации или совпадающую с общераспространенной комплектностью определенного товара в соответствии с обычаями делового оборота" Аналогично решается вопрос в отношении качества, тары и упаковки предмета займа. В договоре займа вещей могут быть оговорены данные условия, но они не относятся к существенным. При отсутствии в договоре займа вещей условия об их качестве займодавец должен передать заемщику предмет займа, пригодный для целей его использования. При отсутствии в договоре займа каких-либо условий о таре и упаковке предмета займа должен быть затарен и упакован обычным для такого рода товара способом, который также обеспечит сохранность предмета займа при обычных условиях хранения и транспортировки

Помимо этого ГК предусматривает особенности правового регулирования отдельных разновидностей займа, в том числе и по существенным и диспозитивным условиям. Классификация разновидностей договора займа возможна как по отдельным его характерным условиям, при наличии которых предусматриваются особенности правового регулирования, так и в соответствии с предусмотренным в законе выделением двух особо явных разновидностей договора займа - договора государственного займа и договора банковского займа

При классификации разновидностей договора займа по отдельным условиям, обуславливающим особенности правового регулирования необходимо выделить: консенсуальный договор займа; договор негательного займа; договор займа вещей, предусматривающий выплату вознаграждения за пользование предметом займа; договор займа, предусматривающий цели его использования.

Выделение консенсуального договора займа как разновидности договора займа, обусловлено особенностями по существенным условиям этого вида договора. При реальном договоре займа согласование предмета займа происходит на преддоговорной стадии. До фактической передачи предмета реального займа само согласование не имеет юридического значения, так как до такой передачи договор не вступает в силу. Поэтому, достижение соглашения о предмете реального договора займа происходит на основе фактических действий займодателя по передаче заемщику предмета займа и соответствующих действий заемщика по приему в собственность указанного предмета. В связи с этим по реальному договору займа устанавливается одностороннеобязывающее обязательство, представленное обязанностями заемщика по возврату по истечению определенного срока либо по требованию займодателя равного полученному количеству денег или вещей того же рода и качества. Следовательно, существенными условиями реального договора займа

являются только условия по выполнению обязанностей заемщика.

При консенсуальном договоре займа устанавливается двустороннее обязательство займа, представленное взаимными обязанностями по предоставлению займодателем заемщику денег или вещей, определенных родовыми признаками, а также по возврату заемщиком по истечении определенного срока либо по требованию займодателя равного количества денег или вещей того же рода и качества. По консенсуальному договору займа договор, в отличие от реального, вступает в силу до момента фактической передачи займодателем заемщику предмета займа, поэтому существенными условиями консенсуального договора, помимо условий об обязанностях заемщика, также являются условия об обязанностях займодателя по предоставлению предмета займа.—>

Выделение договора денежного займа как разновидности договора займа, имеющего особенности правового регулирования, обусловлено диспозитивным правилом о выплате по такому договору вознаграждения, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением сторон. При этом, несмотря на требования п. 1 ст. 718 ГК об определении размера вознаграждения договором, само условие о размере вознаграждения не может относиться к существенным условиям и его отсутствие в договоре не может повлечь его недействительность так как в этом случае должны применяться нормы п. 3 ст. 385 ГК "размер вознаграждения должен определяться по аналогичным дого" ворам денежного займа. Помимо этого особенностями договора денежного займа, условиями которого оговаривается освобождение заемщика от уплаты вознаграждения, будет являться также и то, что к его существенным условиям будет относиться само условие об отказе от вознаграждения.

Договор займа вещей, в котором сторонами договора предусмотрена обязанность заемщика по выплате вознаграждения займодателю за пользование предметом, имеет ряд особенностей по существенным условиям договора. По такому договору к существенным условиям в соответствии с требованиями п. 2 ст. 718 ГК также отнесены условия о размере и форме выплаты вознаграждения - денежной или натуральной. По общему диспозитивному правилу, по договору займа вещей не предполагается выплата вознаграждения, если только сторонами не предусмотрено данное условие. Если же стороны в договоре займа вещей установили обязанность заемщика по выплате вознаграждения, то они обязаны согласовать и указать в договоре и условия о размере и форме выплаты вознаграждения, без которых такой договор займа вещей может быть признан недействительным.

Договор целевого займа также имеет ряд особенностей по существенным условиям договора. По общему диспозитивному правилу договор займа предполагается бесцелевым. Но если стороны при заключении договора пришли к соглашению, что займ является целевым, то указание цели займа является существенным условием, недостижение соглашения по которому может повлечь за собой недействительность договора целевого займа. При кажущейся абсурдности ситуации, при которой в целевом займе не указываются цели использования займа, она довольно часто возникает на практике,

когда при использовании стандартного бланка договора целевого займа стороны подписывают его без указания в соответствующем разделе бланка договора цели использования займа, что приводит к тупиковой ситуации в случае возникновения спора по вопросу целевого использования займа. В случае же признания договора целевого займа, в котором не предусмотрены цели использования займа, недействительным неблагоприятные последствия могут наступить как для заемщика, который может лишиться возможности использования займа, так и для займодателя, который может лишиться права на вознаграждение. Конечно, стороны по такому договору могут в любое время согласовать условие о цели использования займа, либо суд, при разрешении спора о недействительности договора целевого займа, не содержащего усло-

320 ^
- О цели использования, в праве, с учетом конкретных обстоя- в в соответствии с п. 9 ст. 157 ГК, ограничиться запретом на Телнейшее исполнение договора, не признавая его недействитель- м Тем не менее, соизмеряя все возможные неблагоприятные по- ствия необходимо иметь в виду, что указание целей использования займа по договору целевого займа является существенным его

^Правовое регулирование займа содержит ряд норм о диспозитив- ых условиях. Диспозитивными условиями договора займа являются условия- о реальности договора займа; о возмездности договора денежного займа, о безвозмездности договора займа вещей и ряд других условий. Подобные условия могут быть изменены по соглашению сторон, но применяются при умолчании сторон в ходе заключения договора займа.

Помимо диспозитивных условий, ГК предусматривает условие о праве заемщика на досрочный возврат предмета займа, предоставленного без условия выплаты вознаграждения. Данное условие закреплено императивной нормой, не допускающей его изменения по соглашению сторон. Имеются и иные условия, предписанные императивными нормами ГК, для договора банковского займа.

Предоставление предмета займа. В ряде случаев законодатель связывает различные правовые последствия с предоставлением предмета займа. Так, в реальном договоре займа момент предоставления предмета займа означает момент заключения и вступления в действие договора. В консенсуальном договоре займа с моментом предоставления предмета займа связывается исполнение займодателем своих обязанностей по договору. В договоре займа, предусматривающем выплату вознаграждения, моментом предоставления предмета займа определяют момент возникновения обязанности заемщика по уплате вознаграждения, ибо вознаграждение по займу выплачивается за пользование предметом займа и до предоставления предмета займа не может быть и речи о вознаграждении, так как не имеет место его использование.

По договору займа, предмет которого предоставляется по частям и по которому договор считается заключенным с момента предоставления первой части, могут быть предусмотрены сроки и иные условия предоставления последующих после первой частей предмета займа. По консенсуальному договору займа предмет займа предоставляется на

условиях, предусмотренных договором. Условия о передаче предмета займа по большей части связаны со сроком передачи предмета займа и с определенными характеристиками самого предмета: количеством, качеством, ассортиментом, комплектностью, тарой и упа-

321

ковкой передаваемого предмета займа и т. п. Условия о передаче предмета займа могут быть связаны и с иными условиями, например с предоставлением обеспечения заемщиком, заключением заемщиком определенной сделки с третьим лицом или осуществлением заемщиком частичного софинансирования сделки, под осуществление которой предоставляется заем, и т. д.

Для случаев, когда договором не предусмотрены условия предоставления предмета займа, законодательством установлены нормы о порядке определения момента предоставления предмета займа. По общему правилу, предмет займа считается предоставленным в момент передачи его заемщику. В случае, если предметом займа являются безналичные деньги, предмет займа считается предоставленным в момент зачисления денег на банковский счет заемщика (п. 1 ст. 719 ГК).

При займе вещей, определенных родовыми признаками, в договоре могут быть предусмотрены положения о порядке исполнения займодателем условий о количестве, ассортименте, комплектности, качестве, таре и (или) упаковке передаваемого предмета займа и последствия неисполнения этих условий. На случай отсутствия таких положений п. 3 ст. 719 ГК установлено, что исполнение этих условий должно осуществляться в соответствии с правилами о договорах купли-продажи товаров (ст. 406⁴⁹² ГК).

Заемщик вправе отказаться от получения предмета займа полностью или частично, уведомив об этом займодателя до установленного договором срока его предоставления. Данное правило действует в отношении любых заемных обязательств, как связанных, так и не связанных с предпринимательской деятельностью. Но при этом оно, безусловно, относится только к консенсуальному договору займа, так как по реальному договору до предоставления предмета займа договор не считается заключенным и заемное обязательство не возникает. Правило об отказе заемщика от получения предмета займа до его предоставления может быть исключено или ограничено как условиями договора займа, так и законодательными актами (п. 2 ст. 719 ГК).

Возврат предмета займа. Заемщик обязан вернуть предмет займа в порядке и в сроки, предусмотренные договором (п. 7 ст. 722 ГК). При этом, конечно, необходимо учитывать, что раз предметом займа являются деньги или вещи, определенные родовыми признаками, то заемщик не обязан возвращать те же купюры денег или те же вещи, что и получил, а обязан вернуть то же количество полученных денег либо то же количество вещей аналогичного рода и качества.

Обязанность заемщика по возврату предмета займа связана, безусловно, со сроком займа. Предмет займа должен быть возвращен по истечении срока займа. Срок займа может быть предусмотрен дого-

322

ма При отсутствии такого срока в законодательстве предусматривается норма по которой бессрочный договор займа прекращается по инициативе займодателя, а предмет займа должен быть

возвращен в ^днати дней с момента предъявления
заседателем требо-

Важнейшая особенность, от срока предмет займа в
определенных случаях
т.е. возвращается досрочно. По договору, не
предусматривающему выплату вознаграждения,
предмет займа может быть всегда
ш. ^ашен досрочно. По договору займа,
предусматривающему уплату, возвращен досро-
досрочно
може т быть возвращен

ту /о f сотл^я займодателя на досрочное принятие
исполнения, либо если возможность досрочного
возврата предмета займа преду- **мотована**
договором. При определении в договоре займа,
предусмат- ивЕем выплату вознаграждения за
пользование предметом займа, ^слоотя о досрочном
возврате предмета займа стороны могут огово- уить
оазличные последствия для досрочного возврата,
связанные с Гбытками займодателя от такого
возврата. При отсутствии каких у особых условий
досрочный возврат предмета займа влечет пре-
кращение обязатель^ займа и обязанностей по
выплате вознаграж- пеня Досрочный возврат
также возможен, если иное прямо не ого в ено
договором, при возмещении заемщиком убытков
займодателя м уплате предусмотренной неустойки
по правилам п. 2 ст. 354 ГК. и Договором может быть
предусмотрен конкретный порда возврата предмета
займа, например, передача заемщиком этого
предмета определенному третьему лицу,
оформление передачи предмета займа актом
приема^передачи, проведение займодателем
проверки качества поинимаемых вещей,
обязательный возврат денег в наличной или
ЕГнчной форме, внесение возвращаемой суммы
денег на определе**нный** банковский счет и т. д. Если
иное не предусмотрено договором предмет займа
считается возвращенным в момент передачи его
займодателю или зачисления соответствующих
денег на его банков-

ский счст

По общему правилу, по договору займа денег не
допускается замена обязанности заемщика по
возврату денег предоставлением в счет погашения
долга вещей, определенных родовыми признаками а
также по договору займа вещей - замена обязанности
заемщика по возврату вещей деньгами. Такие
замены возможны толь^ Д ^я ■займодателя, и они
представляют собой новацию обязательства при
которой предусматривается иной предмет
исполнения. При получении согласия на замену
предмета займа при его возврате стороны должны
согласовать новый предмет обязательства, то есть
определить его наименование, количество и иные
характеристики по нео&ходи-

323

мости (качество, ассортимент, комплектность и т. п.)
При замен обязательства по возврату денег
обязательством по предоставлению «счет погашения
долга вещей, определенных родовыми признаками
стороны также должны определить стоимость
указанных вещей Гп э ст. 722 ГК).
v1

В связи с нарушением заемщиком сроков возврата
определенной части предмета займа, если договор
предусматривает возврат предме та частями, либо
сроков выплаты вознаграждения, если договор rре"
дусматривает опережающие сроки выплаты
вознаграждения, займо" датель приобретает право

требования на досрочное исполнение договора. Императивный характер норм, предусматривающих указанное право требования досрочного исполнения договора, не допускает возможность исключения такого права займодателя соглашением сторон. В то же время право не является обязанностью, и займодаделец вправе по своему усмотрению воспользоваться или не воспользоваться им.

В случае заявления займодателем требования о досрочном исполнении договора в связи с нарушением заемщиком сроков частичного возврата предмета займа или сроков выплаты вознаграждения заемщик обязан выполнить это требование в соответствии со ст. 723 и п. 1 ст. 722 ГК в тридцатидневный срок, если договором не предусмотрен иной срок для досрочного исполнения договора.

Прекращение действия договора займа. Действие договора займа, как и любого гражданско-правового договора, прекращается в связи с прекращением обязательства, основанного на договоре, и в связи с изменением или расторжением договора. Заемное обязательство прекращается по общим основаниям, предусмотренным для прекращения обязательств ст. ст. 367-377 ГК (исполнение, новация, предоставление отступного и т.п.), а также в случаях, предусмотренных для освобождения от исполнения обязательства в натуре в соответствии с п. 2 ст. 354 ГК - при возмещении убытков и уплате предусмотренной договором неустойки, если только иное не предусмотрено законодательными актами или договором. Договор займа также может быть изменен или расторгнут по общим правилам, предусмотренным ст. ст. 401-405 ГК для изменения и расторжения договора. Помимо этого, ГК предусматривает особенности одностороннего отказа от исполнения договора в связи с неисполнением заемщиком отдельных его условий, связанных с целевым использованием займа или обеспечением исполнения обязательств по договору займа.

Целевой заем. Как правило, договор займа является бесцелевым. В то же время соглашением сторон может быть предусмотрена цель использования предмета займа (целевой заем). При этом целевое предназначение предмета займа, как уже отмечалось, становится су-

324
венным условием договора. При заключении целевого займа займодаделец приобретает право осуществлять контроль, а заемщик - обязанность обеспечения возможности осуществления такого контроля. Контроль за целевым использованием предполагает возможность ознакомления займодателя с бухгалтерскими и иными документами, а также с другими доказательствами, позволяющими определить фактическое использование предмета займа. Займодаделец вправе, помимо этого, осуществлять любые фактические и юридические действия для выяснения целевого использования займа, включая фактический осмотр имущества заемщика (например, ознакомление с товарно-материальными запасами, требование проведения инвентаризации) и т.д. В случае же неисполнения заемщиком своих обязанностей по обеспечению осуществления контроля за целевым использованием предметом займа либо при невыполнении заемщиком обязанностей по целевому использованию предмета займа, займодаделец вправе отказаться от исполнения договора в отношении

непредоставленной части предмета займа и потребовать досрочного возврата предмета займа и вознаграждения по нему (ст. 720 ГК).

Отказ от исполнения непредоставленной части предмета займа является особым случаем одностороннего частичного отказа от договора в соответствии со специальными нормами ГК. При этом договор считается расторгнутым в отношении непредоставленной части предмета займа с момента одностороннего отказа от договора. При таком одностороннем отказе не действуют общие нормы ст. 404 ГК, устанавливающей обязанности предупреждения другой стороны в месячный срок. Из смысла и содержания норм п. 3 ст. 720 ГК вытекает право на немедленный односторонний отказ займодателя с момента нарушения заемщиком обязанностей по целевому использованию предмета займа либо обязанности по обеспечению возможности осуществления займодателем контроля за целевым использованием займа, то есть данной нормой предусмотрен иной порядок, чем тот, что предусмотрен п. 4 ст. 404 ГК.

Возможность же требования досрочного возврата предмета займа и вознаграждения по нему при нарушении заемщиком обязанностей по целевому использованию предмета займа либо по обеспечению возможности осуществления займодателем контроля за целевым использованием займа, относится к условию договора, императивно предписанному требованиями законодательства, и не требует отдельного отражения в договоре.

Ст. ст. 722, 723 ГК установлен новый специальный срок для возврата предмета займа и выплаты вознаграждения по нему в случае требования займодателя по досрочному возврату предмета займа и

уплате причитающегося вознаграждения в связи с различными нарушениями, в том числе и с нарушением условий о целевом использовании займа и обеспечения возможности контроля за целевым использованием со стороны займодателя. При требовании досрочного возврата предмета займа и выплаты причитающегося вознаграждения заемщик обязан вернуть предмет займа и уплатить вознаграждение в течение месяца с момента обращения к нему по этому поводу займодателя, если в договоре займа не предусмотрен иной срок.

Обеспечение исполнения обязательств заемщика. Условия об обеспечении исполнения обязанностей заемщика по возврату займа и выплате вознаграждения за пользование предметом займа не являются обязательными условиями договора займа и не относятся к существенным условиям, предписанным для договора займа требованиями законодательства. В то же время эти обязанности, как и любые иные гражданско-правовые обязательства, могут быть обеспечены различными способами обеспечения исполнения обязательства в соответствии со ст. 292 ГК, например, гарантией или поручительством третьего лица, залогом либо другими способами, предусмотренными законодательством или договором. В случае, когда стороны при заключении договора займа пришли к сращению об обеспечении обязательств заемщика по возврату предмета займа и выплате вознаграждения за пользование предметом займа, эти условия становятся существенными условиями договора. Соответственно, нарушение обязанности по предоставлению обеспечения становится существенным нарушением договора. Поэтому, нарушение условий по предоставлению обеспечения само по себе является основанием для изменения или расторжения договора займа по общим нормам ГК об изменении и расторжении договора либо по нормам законодательства, регулирующим порядок предоставления того или иного вида обеспечения и последствия нарушения обязанностей по такому предоставлению (см., например, ст. 321-324 ГК). Но ст. 721 ГК содержит специальные нормы о порядке одностороннего отказа от договора при нарушении заемщиком условий о предоставлении обеспечения исполнения своих обязанностей. В соответствии с п. 2 ст. 721 ГК при невыполнении заемщиком обязанностей по обеспечению возврата предмета займа и выплаты вознаграждения, а также при утрате обеспечения или ухудшении его условий по обстоятельствам, за которые займодатель не отвечает, последний вправе отказаться от исполнения договора соответственно непредоставленной части предмета займа и потребовать от заемщика досрочного исполнения договора - досрочного возврата предмета займа и вознаграждения по нему.

Невыполнение заемщиком обязанностей по обеспечению возврата предмета займа и выплаты вознаграждения, а также утрата обеспечения или ухудшения его условий по обстоятельствам, за которые залогодатель не отвечает, означает нарушение условий договора об обеспечении за исключением случаев, когда эти нарушения произошли по вине залогодателя. Например, утрата или повреждение предмета залога по вине залогодателя, которому был передан предмет обеспечения лишает залогодателя права отказа от договора и права требовать досрочного исполнения договора займа. В то же время утрата— обеспечения или ухудшение его условий, произошедшее по вине заемщика третьих лиц или вообще по обстоятельствам, за которые ни кто не отвечает, предоставляет залогодателю право отказаться от договора и требовать досрочного его исполнения.

Отказ от исполнения договора соответственно непредоставленной части предмета займа при нарушении условий обеспечения исполнения обязанностей заемщика по возврату предмета займа и выплаты вознаграждения является случаем одностороннего отказа от исполнения договора. И в отношении такого отказа не требуется предупреждения заемщика за один месяц в соответствии с правилами п 4 ст. 404 ГК. В п. 2 ст. 721 ГК прямо предусмотрен порядок отказа при котором не требуется какого-либо предупреждения. Поэтому при нарушении заемщиком условий об обеспечении, залогодатель в соответствии с п. 2 ст. 721 ГК вправе отказаться от исполнения договора соответственно непредоставленной части без всякого предупреждения, если иное не предусмотрено договором. При этом возможен частичный отказ от договора, если какая-то часть займа уже предоставлена, или полный, если нарушения обеспечения совершены до выдачи займа. Например, по консенсуальному договору займа одним из условий может быть предоставление заемщиком обеспечения в течении срока, меньшего, чем срок исполнения залогодателем обязанностей по предоставлению предмета займа. Если по такому договору заемщик не выполнил в установленный срок или к моменту предоставления предмета займа условий по обеспечению, то залогодатель вправе отказаться от договора полностью и договор будет прекращен в связи с таким отказом.

Право залогодателя потребовать от заемщика досрочного исполнения договора займа в связи с нарушением условий договора об обеспечении обязанностей заемщика является правом залогодателя требовать досрочного исполнения в связи с нарушением существенных условий договора.

Право требования досрочного исполнения договора займа в связи с нарушением условий договора об обеспечении обязанностей заем-

327

щика является условием договора, предписанным законодательством - нормами ГК. При заключении договора займа стороны могут это оговорить или не оговорить. Но в случае, если договором это право не будет закреплено в качестве условия, оно все равно будет действовать, как обязательно предписанное законодательством. И реализация этого условия

является исполнением условий договора, а не его изменением. Поэтому, при нарушении заемщиком условия об обеспечении у него возникает либо в силу договора, либо в силу предписания законодательства обязанность по досрочному исполнению договора займа при предъявлении займодателем требования об этом. Возникновение этой обязанности влечет прекращение всех иных условий договора займа о сроке возврата займа, порядке и сроках выплаты вознаграждения в силу договора, если это закреплено в договоре, либо в силу ст. 721 ГК.

Императивность изложения норм, предусматривающих право отказа заемщика от договора и право требования досрочного исполнения договора займа в случае нарушения заемщиком условий об обеспечении своих обязанностей по займу, не допускает возможности соглашением сторон исключить подобные права займодателя. В то же время отказ от договора или требование досрочного исполнения договора является правом, а не обязанностью заемщика, который вправе по своему усмотрению воспользоваться или не воспользоваться им.

Как и в случае с досрочным исполнением договора займа при нарушении его целевого использования, при досрочном исполнении договора в связи с нарушением заемщиком условий об обеспечении в соответствии со ст. 723, п. 1 ст. 722 ГК предусмотрен порядок определения срока возврата предмета займа и выплаты вознаграждения по нему. Если в договоре займа предусмотрен специальный срок для возврата при досрочном исполнении договора в связи с нарушением условий договора об обеспечении либо иной срок для досрочного исполнения договора, под который может подпасть случай досрочного исполнения договора при нарушении условия обеспечения, то предмет займа и вознаграждение должны быть возвращены в указанный в договоре срок. При отсутствии такого указания предмет займа должен быть возвращен и вознаграждение должно быть выплачено в течении тридцати дней с момента предъявления требования займодателя.

Оспаривание договора займа. Договор займа может быть признан недействительным по общим правилам, предусмотренным для признания сделки недействительной в соответствии со ст. ст. 157-159 ГК. В то же время нормами ГК о займе установлены некоторые особенности признания договора займа недействительным в связи с нарушением займодателем своих обязанностей по передаче предмета займа. Заемщик вправе оспаривать договор займа, доказывая, что предмет займа (деньги или вещи) в действительности не получен от займодателя или получен в меньшем размере, чем указан в договоре (ст. 724 ГК). В соответствии с общими правилами о последствиях несоблюдения письменной формы сделки, предусмотренными в ст. 153 ГК, при оспаривании договора займа, когда договор должен быть совершен в письменной форме, не допускается использование свидетельских показаний. В то же время п. 2 ст. 724 ГК установлена особенность в оспаривании такого договора в виде допустимости оспаривания договора путем свидетельских показаний в случаях, когда договор займа был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителей сторон или стечения тяжелых обстоятельств (пункты 9 и 10 ст. 159 ГК). Во всех остальных случаях оспаривание договора займа должно производиться по общим

правилам признания сделки недействительной, представления доказательств и определения их допустимости и относимости для разрешения спора.

Особенности правового регулирования договора **государственного** займа. Договор государственного займа является разновидностью договора займа. Особенностью договора государственного займа является то, что заемщиком выступает государство. Особенности государства, как субъекта имущественных (гражданских) отношений обуславливают особенности правового регулирования договора государственного займа. Фигура займодателя особенностей по сравнению с обычным договором займа не имеет. В качестве займодателя может выступать любое физическое или юридическое лицо.

В ГК содержится одна только статья, посвященная договору государственного займа. В соответствии со ст. 726 ГК по договору государственного займа заемщиком выступает государство, займодателем - гражданин или юридическое лицо. В этой же статье закреплен принцип добровольности государственного заимствования, принцип ответственности государственной казны по обязательствам, вытекающим из договора государственного займа, а также предусмотрена возможность установления особенностей участия Республики Казахстан в отношениях государственного займа на основе законодательных актов Республики Казахстан. В п. 3 ст. 726 ГК договор государственного займа определяется также как договор, заключаемый путем приобретения займодателем государственных облигаций и иных государственных ценных бумаг, но эта норма скорее относится к досадной опечатке законодателя, но не несет в себе никакой правовой нагрузки. Отношения по приобретению ценных бумаг регулируются

329
законодательством о ценных бумагах и их приобретение осуществляется на основе договора купли-продажи, а не займа. В то же время любое заимствование (в том числе государственное заимствование), как экономическая категория привлечения ссудного капитала, возможно как на основе продажи долговых ценных бумаг (облигаций, банковских сертификатов и т. д.), так и путем заключения договора займа, одной из разновидностей которого является договор государственного займа.

Помимо ГК, государственный заем регулируется специальным законодательным актом - Законом о государственном заимствовании. Правовой статус Республики Казахстан как субъекта имущественных (гражданских), включая заемные, отношений регулируется Конституцией Республики Казахстан, конституционными и иными законодательными актами, определяющими правовой статус Правительства, местных исполнительных и иных государственных органов.

Закон о государственном заимствовании регулирует отношения, возникающие в процессе государственного заимствования уполномоченными органами Республики Казахстан и негосударственного заимствования резидентами Республики Казахстан, обеспечиваемого государственными гарантиями, а также в процессе управления государственным и гарантированным государством долгом. По большей части Закон о государственном заимствовании содержит административные положения, регулирующие внутригосударственный порядок

принятия решения о государственном заимствовании, контроля за этим процессом и распределения полномочий государственных органов в процессе осуществления государственного заимствования. В то же время названный Закон содержит ряд положений по правовому регулированию договора государственного займа, к которым относится порядок определения субъектов, осуществляющих от имени государства государственное заимствование, цели и формы государственного заимствования, полномочия субъектов при осуществлении заимствования и использовании займа, пределы ответственности этих субъектов, соотношение ответственности этих субъектов с ответственностью государства.

В соответствии с указанным Законом в качестве субъектов, осуществляющих государственное заимствование, вправе выступать ограниченный перечень государственных органов, которыми являются Национальный банк Республики Казахстан, Правительство и местный исполнительный орган Республики Казахстан.

Соответственно, в зависимости от субъекта государственное заимствование классифицируется на займы Правительства Республики Казахстан, займы Национального банка Республики Казахстан и займы местных исполнительных органов Республики Казахстан.

По механизму привлечения и рынкам ссудного капитала государственные займы делятся на внешние государственные и внутренние

Государственные займы делятся на займы, осуществленные на основании эмиссии государственных ценных бумаг и займы, основанные на заключении договоров (соглашении) о займе. При этом последний договор будет являться договором государственного займа, на который будут распространяться все положения правового регулирования договора займа с учетом ограничений и особенностей, установленных для договора государственного займа нормами ГК, Закона о государственном заимствовании и иных зако-

В соответствии с Законом о государственном заимствовании государственное заимствование всегда предполагается ограничено целевым. В зависимости от цели как раз определяется вид субъекта, который будет осуществлять государственное заимствование. Заимствование Правительством Республики Казахстан осуществляется в целях финансирования дефицита республиканского бюджета. Заимствование Национальным банком Республики Казахстан осуществляется в целях поддержки платежного баланса Республики Казахстан и пополнения золотовалютных активов Национального банка Республики Казахстан, а также в других целях, определяемых проводимой в Республике Казахстан денежно-кредитной политикой. Государственное заимствование местными исполнительными органами осуществляется в целях покрытия дефицита местного бюджета, связанного с финансированием региональных инвестиционных программ. Следовательно, особенностью договора государственного займа является волевой характер использования предмета займа.

Необходимо отметить и другую яркую особенность договора государственного займа в

соответствии с положениями Закона о государственном заимствовании, связанную с предметом займа. Предметом займа по договору государственного займа являются исключительно деньги.

Немаловажное значение для правового регулирования договора государственного займа имеют положения Закона о государственном заимствовании, которыми определяются государственные органы, уполномоченные принимать решение о государственном заимствовании, а также представлять государство при заключении договора государственного займа, либо предварительный порядок заключения договора. Так, в соответствии с Законом о государственном заимст-

вовании привлечение займов от имени Правительства Республики Казахстан осуществляется Министерством финансов Республики Казахстан на основании решения Правительства Республики Казахстан по каждому отдельному договору (соглашению) о займе или виду государственных эмиссионных ценных бумаг. Следовательно для заключения договора государственного займа необходимо отдельное решение Правительства, на основе которого договор заключается Министерством финансов Республики Казахстан.

Порядок привлечения займов Национальным банком Республики Казахстан определяется законодательством о Национальном банке Республики Казахстан. Как правило, решение о привлечении займа принимается Правлением Национального банка, а договор займа на основании этого решения заключается Национальным банком Республики Казахстан.

В соответствии с требованиями Закона о государственном займе, привлечение конкретного займа местным исполнительным органом производится с обязательной правовой экспертизой договора (соглашения) о займе местных исполнительных органов, осуществляемой Министерством юстиции Республики Казахстан, и финансовой экспертизой условий займа, осуществляемой Министерством финансов Республики Казахстан. При этом особенностью договора государственного займа, заключаемого местным исполнительным органом, является то, что он может быть заключен только при положительных результатах экспертизы Министерства юстиции и Министерства финансов Республики Казахстан. При таких результатах договор государственного займа заключается самим местным исполнительным органом.

Законом о государственном заимствовании предусмотрены основные положения об ответственности Республики Казахстан по государственному заимствованию, в том числе и по договору государственного займа, которые в целом соответствуют положениям ГК об ответственности по обязательствам заемщика по договору государственного займа имуществом государственной казны. Так, в соответствии с Законом о государственном заимствовании, Правительство Республики Казахстан несет обязательства по погашению и обслуживанию правительственного долга, которые обеспечиваются средствами республиканского бюджета Республики Казахстан. Местные исполнительные органы несут обязательства по погашению и обслуживанию их долга, которые обеспечиваются имуществом, финансовыми ресурсами и другими активами, находящимися в распоряжении местных исполнительных органов на правах собственности.

Некоторые проблемы вызывают положения Закона о государственном заимствовании об ответственности Национального банка по привлеченным государственным займам исключительно находящимся в его распоряжении активам. Однако с учетом того, что Национальный банк является государственным учреждением, имущество которого формируется за счет республиканской собственности, а также с учетом положений о субсидиарной ответственности собственника имущества по долгам учреждения и положений законодательства о Национальном банке, в соответствии с которыми республиканский бюджет несет субсидиарную ответственность по долгам Национального банка,

можно прийти к выводу, что и по договору государственного займа, привлеченному Национальным банком, ответственность несет имущество государственной казны. Так, в соответствии с Законом о Национальном банке Республики Казахстан, при недостаточности активов Национального банка для формирования уставного и резервного капитала, что возможно при превышении обязательств Национального банка перед его активами, разница компенсируется за счет средств республиканского бюджета в следующем финансовом году. Следовательно, и по договору государственного займа, заключенному Национальным банком Республики Казахстан, государство несет субсидиарную ответственность имуществом республиканской казны - денежными средствами республиканского бюджета.

Особенности правового регулирования договора банковского займа. Особой разновидностью договора займа является договор банковского займа, традиционно именуемый в юридической литературе кредитным договором, в соответствии с которым банки предоставляют денежный заем своим клиентам. По договору банковского займа займодаделец обязуется передать займы деньги заемщику (п. 1 ст. 727 ГК).

К договору банковского займа применимы общие нормы правового регулирования договора займа за некоторыми исключениями, связанными с ограничением субъектного состава и предмета займа, особенностями формы договора и разрешения вопроса реальности или консенсуальности займа, особенностями регулирования возможности замены денежного займа принятием вещей в счет погашения долга, а также предоставлением займа государственным банком или за счет государственных денежных фондов.

Наиболее значимыми особенностями договора банковского займа, выделяющими его в качестве разновидности договора займа, являются предмет займа и субъектный состав.

Предметом по договору банковского займа могут выступать только деньги, что вытекает из определения договора банковского займа. Поэтому договор банковского займа правильной было бы при классификации характеризовать разновидностью не просто договора займа³⁰¹ а разновидностью договора займа денег. По договору банковского займа вещи, определенные родовыми признаками, не могут выступать в качестве предмета займа. Соответственно, на договор банковского займа распространяются только общие правила о денежном займе.

Другой чертой, выделяющей договор банковского займа из договоров займа денег, является его субъектный состав. По договору банковского займа займодателем выступает банк или иное юридическое лицо, имеющее лицензию Национального банка Республики Казахстан на предоставление займов в денежной форме. В соответствии с банковским законодательством последний именуется организацией осуществляющей отдельные виды банковских операций. Такими организациями в соответствии с банковским законодательством являются, например, кредитные товарищества, ломбарды.

В ряде случаев в качестве займодателя по договору банковского займа может выступать Национальный банк Республики Казахстан, в частности, при предоставлении от своего имени займа банкам второго уровня и иным организациям, открывшим в соответствии с банковским законодательством банковский счет в Национальном банке, в

соответствии со ст. ст. 35, 52-1 Закона о Национальном банке.

Договор банковского займа должен быть заключен в письменной форме. В принципе, это правило не противоречит общим положениям о форме договора займа, так как выдача займа по договору банковского займа является предпринимательской деятельностью займодателя и в соответствии с п. 1 ст. 716 и п. 1 ст. 152 ГК такой договор займа должен быть заключен в письменной форме. Особенностью договора банковского займа является последствие несоблюдения письменной формы. Такое несоблюдение влечет недействительность договора.

В отношении договора банковского займа не могут быть применены диспозитивные правила о заключении договора займа с момента передачи денег. В отличие от общей презумпции реальности договора займа, в отношении договора банковского займа предусмотрена противоположная презумпция. Договор банковского займа является консенсуальным, если иное не предусмотрено договором. Поэтому, при умолчании сторон о реальности или консенсуальности договора, договор банковского займа считается заключенным с момента подписания.

К договору банковского займа неприменимы условия договора займа о возможности с согласия займодателя замены обязательства заемщика по возврату денег предоставлением в счет погашения долга вещей, определенных родовыми признаками, если иное не предусмотрено банковским законодательством. Как правило, предоставление банками займов по договорам банковского займа осуществляется за счет привлеченных денежных средств третьих лиц. Принятие же в счет погашения денежного займа вещей, определенных родовыми признаками, может привести к неисполнению банком своих обязательств перед третьими лицами. Поэтому, банкам запрещено принятие в счет погашения долга по денежному займу вещей, определенных родовыми признаками. Исключение из этого запрета в соответствии с банковским законодательством составляют случаи, связанные с деятельностью ломбардов, осуществляющих предоставление займов под залог депонируемых ликвидных движимых вещей, а также с принятием банками в собственность залогового имущества при объявлении торгов несостоявшимися, при котором банк погашает задолженность должника на сумму принятого имущества и обязан реализовать в течение определенного времени это имущество для получения денежной выручки.

Применение общих норм о договоре займа к договорам банковского займа, по которому займодателем выступает государственный банк или заем выдается за счет государственных денежных фондов, обусловлено отсутствием норм законодательного акта либо отсутствием актов уполномоченных органов, регулирующих содержание, порядок заключения или исполнения такого договора банковского займа. При предоставлении займа государственным банком или при предоставлении каким-либо банком займа за счет государственных денежных фондов к отношениям по договору банковского займа общие положения ГК о договоре займа (в том числе и о договоре банковского займа), применяются в части, не урегулированной иными законодательными актами, а также актами уполномоченных государственных органов. Например,

при выдаче займа Национальным банком Республики Казахстан банкам второго уровня в соответствии с Законом о Национальном банке и нормами иного банковского законодательства, договор банковского займа будет регулироваться общими нормами ГК в части, не урегулированной нормами банковского законодательства и актами Национального банка Республики Казахстан как уполномоченного государственного органа.

Другой особенностью договора банковского займа, прямо не оговоренной в ГК, но вытекающей из банковского законодательства, является неприменение общих норм об исковой давности к обязательствам заемщика по возврату полученного банковского займа и выплате вознаграждения по нему. Как правило, к отношениям по договору займа применяются нормы ст. ст. 177-187 ГК об исковой давности, в том числе, о трехгодичном сроке исковой давности. В то же время в развитие норм подпункта 5 ст. 167 ГК о возможности установления в законодательных актах требований, на которые исковая давность не распространяется, ст. 37 Закона о банках и банковской деятельности установлено, что на требования банков к заемщикам по ненадлежащему исполнению договоров банковского займа (кредитных договоров) сроки претензионной и исковой давности не распространяются. Следовательно, на требования займодателя по договору банковского займа исковая давность не распространяется, и нормы ст. 179 ГК о последствиях истечения срока исковой давности не применяются.

Глава 46. Финансирование под уступку денежного требования (факторинг)

По договору финансирования под уступку денежного требования одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать деньги в распоряжение другой стороны (клиента), а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту свое денежное требование к третьему лицу, вытекающее из отношений клиента (кредитора) с этим третьим лицом (должником) (п. 1 ст. 729 ГК).

Финансирование под уступку денежного требования является новым видом гражданско-правового обязательства, правовое регулирование которого впервые введено ГК. Несмотря на отсутствие правового регулирования до принятия нового ГК, данный вид услуг, относящийся преимущественно к банковским, имел место в имущественном обороте Казахстана. Целесообразность и эффективность законодательного урегулирования факторинга определяется возможностью повышения эффективности факторинговых операций банков, оптимизации деятельности предпринимательских структур Казахстана за счет увеличения способов их финансирования, что в конечном счете положительно скажется на результатах проводимых экономических реформ.

В современной международной практике существуют различные специфичные формы финансирования торговли, производства и иных сфер предпринимательства, основанного на уступке имущественных прав требования. Общим для них является, как правило, то, что финансирование осуществляют банки и финансовые организации, специализирующиеся на подобного рода финансировании, и, в виду специализации банков и данных организаций на деятельность в кредит-

но-денежной сфере, предметом договора финансирования под уступку права требования являются права требования в получении денежных средств по различным возмездным договорам - договорам купли продажи, выполнения работ и оказания услуг.

Экономическая сущность финансирования под уступку права требования заключается преимущественно в кредитных отношениях, а именно, в преобразовании торгового (коммерческого) кредита в банковский. Отгрузка товара без предоплаты, передача товара на реализацию без оплаты, передача товара на консигнацию и т.д. безусловно порождают кредитные отношения между контрагентами, которые являются разновидностями торгового кредита⁷⁴. Финансирование спе- анализированными банковскими организациями коммерческих предприятий под уступку требований, основанных на сделке с условиями торгового кредита, безусловно трансформирует торговый в банковский кредит. Финансирование под уступку права требования, так же как кредитный договор, договор лизинга или учет векселей, является для банков одной из форм вложения капитала, одним из видов банковского кредитования в экономическом понятии кредита.

В отличие от кредитного договора (договора банковской ссуды), для которого характерно предоставление денежных средств на условиях срочности, возвратности и платности, для договора финансирования под уступку права требования характерно предоставление денег банком под условием уступки права требования получателя средств по какому-либо договору с третьим лицом (должником), и такое предоставление денег не характеризуется, как правило, срочностью и возвратностью. Передача денег и уступка права требования являются взаимосвязанными условиями договора финансирования под уступку права требования. При договоре об уступке права требования происходит, по общему правилу, возмездная уступка этого права.

Данный вид услуг обеспечивает развитие торгового кредита во всем мире и играет важную роль в финансировании промышленности и торговли. Широкое применение его в международных операциях привело к разработке Конвенции УНИДРУА о международном факторинге, подписанной в Оттаве 28 мая 1988 года⁷⁵. При разработке ГК учитывались положения и положительный опыт применения указанной Конвенции.

Договор финансирования под уступку денежного требования (факторинг) по законодательству Республики Казахстан является, по общему правилу, **возмездным** и взаимным договором. **В зависимости от условий конкретного договора он может быть как реальным, так и консенсуальным.**

В отношениях из договора финансирования под уступку денежного требования носит ярко выраженный трехсторонний характер, но в заключении договора участвуют две стороны - финансовый агент и клиент, что безусловно относит его к двухсторонним договорам. Сущностью договора

⁷⁴ См. об этом, например: *Гвоздев Б. З.* Факторинг. М.: Ассоциация авторов и издателей «ТАНДЕМ», Издательство ЭКМОС, 2000. С. 3-4.

⁷⁵ См. текст Конвенции, например: Международное частное право: Нормативные акты и международные договоры. Т. 6. Международные финансовые обязательства. Ч. 2 Международные кредиты. Валюта. Международные организации // Сост. М. К. Сулейменов. - Алматы: ВШП «Адилет»; Научно-исследовательский институт частного права КазГЮА, 2000. С. 100-107. 338'

факторинга является получение клиентом денежных средств от финансового агента (финансирование) под условием передачи последнему прав требования получения денег к третьему лицу, с которым у клиента существуют определенные договорные отношения, не связанные с финансированием.

Договор финансирования под уступку денежного требования безусловно является **разновидностью уступки права требования (цессии)**. Широкое применение данного вида цессии, специфика взаимоотношений при факторинговых отношениях обусловили выделение факторинга в отдельный вид гражданско-правового обязательства и разработку специального правового регулирования для него.

Классифицирующими **признаками договора** финансирования под **уступку** денежного требования, выделяющими его из **общегражданской цессии**, является цель сделки (предоставление финансирования **одним** лицом другому под взаимным условием уступки последним **первому** прав требования к третьему лицу) и особенности объекта (исключительно денежное требование). Факторинговая деятельность финансового агента, является, как правило, профессиональной деятельностью по приобретению прав требования платежа с покупателя товаров (работ, услуг) с принятием риска неплатежа. В то же время **для** осуществления финансирования по договору факторинга **финансовому** агенту не требуется получение специальной лицензии на осуществления этого вида предпринимательской деятельности, кроме осуществления факторинга банками.

Это следует из того, что ГК не устанавливает каких-либо **ограничений** в отношении финансового агента.

Банковское законодательство Республики Казахстан, в отличие, например, от российского, не устанавливает каких-либо ограничений для занятия факторинговой деятельностью. Банковское законодательство относит факторинг не к банковским операциям, предусмотренным п. 2 ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности, а к операциям, хотя и не являющимся банковскими, но которые разрешены к осуществлению банками при наличии лицензии Национального банка и предусмотрены п. 3 ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности.

Не устанавливает каких-либо ограничений в отношении **финансового** агента и законодательство о лицензировании, которое предусматривает **лицензирование факторинговых операций** только при их осуществлении банками. Подпункт 1 п. 1 ст. 11 Закона о лицензировании предусматривает лицензирование осуществления банковских операций, а также иных операций, осуществляемых банками в соответствии с банковским законодательством, в том числе и осуществление банками факторинга. Помимо этого, ст. 11-1 Закона о лицензировании устанавливает лицензирование любой деятельности, в том числе и факторинговой, если она подпадает под определение перечисленных в указанной статье валютных операций. В то же время в законодательстве о лицензировании не имеется каких-либо положений о лицензировании факторинговой деятельности иных лиц, чем банки кроме как в связи с лицензированием валютных операций.

Следовательно, ни гражданским, ни банковским законодательством, ни законодательством о лицензировании не установлено ограничений для применения факторинга вне банковской сферы, для занятия факторингом лицами, не являющимися банками, либо для применения договора факторинга для оформления отношений между лицами, не являющимися предпринимателями.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан деятельность финансового агента по финансированию под уступку денежного требования подлежит лицензированию как вид деятельности только в случае, если финансовым агентом выступает банк или небанковская организация, осуществляющая отдельные банковские операции (например, кредитное товарищество). Во всех остальных случаях деятельность финансового агента не лицензируется. Финансирование под уступку денежного требования может подпадать под лицензирование операций, связанных с использованием валютных ценностей, если отношения по факторингу связаны с внешнеэкономической деятельностью или использованием наличной валюты. Но в последнем случае будет проводиться лицензирование не самой деятельности, а валютных операций в соответствии с законодательством о валютном регулировании и о лицензировании.

Финансовым агентом вправе выступать любое лицо, осуществляющее финансирование под уступку права требования в качестве, как правило, предпринимательской деятельности, то есть для получения прибыли (дохода), при этом не имеет значение, является ли это разовая сделка или осуществляется ли факторинг на постоянной основе. Правила о финансировании под уступку денежного требования могут применяться также к отношениям между лицами, не являющимися предпринимателями (в том числе и в случае, когда в качестве финансового агента выступает непредприниматель и финансирование осуществляется не в качестве предпринимательской деятельности), при прямом указании в соглашении об уступке права о применении к этим отношениям норм ст. ст. 729-738 ГК.

В качестве клиента может выступать любое юридическое лицо или гражданин.

Объектом договора финансирования под уступку денежного требования является только денежное требование. Соответственно, по 340

Факторингу не могут уступаться иные, чем денежные права требования и к уступке иных прав должны применяться общие положения гражданского-правового института цессии, предусмотренные ст. ст. 347 ГК. В то же время к отношениям по финансированию под уступку денежного требования общие положения применяются, если только нормами, регулирующими обязательство финансирования под уступку денежного требования, не предусмотрены особенности правового регулирования для данного вида гражданско-правового обязательства, то есть действует принцип дополнительности применения общих норм ГК к отношениям, урегулированным специальными нормами ГК.

По условиям уступки денежного требования различаются две разновидности **финансирования в**

рамках данного обязательства. Основной разновидностью финансирования при факторинге является финансирование под непосредственную уступку права требования клиента финансовому агенту, при которой финансирование прямо связано с обязанностью клиента уступить права денежного требования к должнику по какому-либо договору. В то же время возможно использование условий об уступке в целях обеспечения исполнения обязательств клиента по возврату финансовому агенту предоставленных денег - обязательство клиента уступить право денежного требования к третьему лицу при условии невыполнения обязательства по возврату денег (часть 2 п.1 ст. 729 ГК). Данный вид обеспечения имеет схожие черты с залогом, но тем не менее не является им (хотя бы потому, что не предоставляет кредитору никаких преимуществ перед другими кредиторами, не подлежит обязательной реализации третьим лицам) и относится в соответствии с правилами ст. 292 ГК к иным способам обеспечения, предусмотренным законодательством или договором.

В зависимости от этих разновидностей финансирования, различающихся по условиям уступки денежного требования, имеются некоторые особенности правового регулирования применения договора факторинга, в частности, по вопросу определения объема прав, переходящих финансовому агенту по уступаемому денежному требованию.

Если по договору факторинга финансирование финансовым агентом клиента осуществляется при безусловной уступке денежного **требования** последним (так называемой "покупке" требования), то финансовый агент приобретает право на все суммы, которые он получит от должника во исполнение требования, что соответствует общим правилам ГК о цессии по определению объема прав кредитора, переходящих другому лицу, предусмотренным ст. 341 ГК. При этом воз-

341

можно как **безоборотное финансирование**, при котором клиент полностью освобождается от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение требования должником, а финансовый агент принимает на себя эти риски, так и иные виды финансирования при которых риски неисполнения или ненадлежащего исполнения должником денежного требования распределяются по иному в соответствии с диспозитивными правилами п. 3 ст. 732 и п. 1 ст. 736 ГК об ответственности клиента перед финансовым агентом. По общему правилу, финансирование под уступку денежного требования является безоборотным, то есть клиент не несет ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником уступаемого денежного требования. В то же время договором может быть предусмотрена как полная, так и частичная субсидиарная ответственность клиента за исполнение уступаемого денежного требования.

Если по договору факторинга условия об уступке денежного требования предусматриваются **в качестве обеспечения исполнения клиентом своего обязательства перед финансовым агентом**, то, по общему правилу, финансовый агент приобретает право только на деньги в пределах обеспеченного обязательства клиента, а суммы, превышающие обеспечение, должны быть возвращены клиенту. Это обуславливает обязанность финансового агента по

предоставлению отчета о полученных денежных суммах клиенту и передаче суммы превышения полученных им денег над размером обязательства клиента перед финансовым агентом. В случае же поступления от должника финансовому агенту в результате исполнения уступленного последнему денежного требования суммы меньшей, чем размер суммы денег, обеспеченного обязательства, клиент, по общему правилу, не освобождается от ответственности перед финансовым агентом по оставшейся неисполненной части обязательства по договору факторинга, в котором условия об уступке денежного требования предусматриваются в качестве обеспечения. В то же время необходимо отметить, что рассмотренные правила по определению объема прав финансового агента по договору факторинга при обеспечении денежным требованием исполнения обязательств клиента перед агентом являются, в соответствии с законодательством Республики Казахстан, диспозитивными, позволяющими по соглашению сторон предусмотреть в договоре любой иной порядок определения этого объема. Например, предусмотреть право агента на все поступающие суммы без обязанности по возврату превышения поступления над размером обеспеченного обязательства, освободить клиента от ответственности перед агентом при поступлении денег меньше размера обеспеченного обязательства и т. д. 342

Форма договора финансирования под уступку денежного требования должна отвечать общим требованиям, предусмотренным ст. ст. 151-155 ГК, с особенностями, предусмотренными ст. 346 ГК для **формы** уступки требования. Например, при уступке права денежного требования, основанного на нотариальном договоре, договор финансирования под уступку денежного требования также должен быть нотариально удостоверен, а при уступке прав денежного требования, основанного на договоре, подлежащем в соответствии с законодательными актами государственной или иной регистрации (уступка денежного требования по договору купли-продажи недвижимости), договор финансирования под уступку денежного требования должен **быть** также зарегистрирован в том же органе, в котором был зарегистрирован договор, являющийся основанием уступаемого права.

Взаимный характер договора факторинга предполагает два взаимных обязательства сторон по договору. Основной обязанностью договора является обязанность финансового агента предоставить денежные средства клиенту - осуществить финансирование. При этом в соответствии с определением финансирования под уступку денежного требования (п. 1 ст. 729 ГК) финансовый агент может взять на себя как обязательство предоставить финансирование с момента заключения договора, так и обязательство предоставить финансирование в будущем.

Взаимной обязанностью клиента является **обязанность по уступке денежного требования к третьим лицам**. При этом, вне зависимости от корреспондирующих обязанностей финансового агента, клиент также может взять на себя обязательство уступить права **требования** как с момента получения финансирования, так и в какой-то **срок в будущем**, в том числе и обусловить уступку прав требования наступлением каких-то событий. Одним из условий, необходимым **для**

действительности договора факторинга, является необходимостью надлежащим образом идентифицировать при заключении договора **как** существующее, так и будущее уступаемое требование, **позволяющее** безусловно определить его (п.1 ст. 731 ГК).

Клиент вправе уступить финансовому агенту существующее денежное требование, срок платежа по которому наступил, что, безусловно, имеет место при определенных конкретных обстоятельствах - необходимости определенного срока для инкассирования денег по документам, удостоверяющим право на получение денег (расчеты требованиями-поручениями, векселем, аккредитивная форма расчетов), условный платеж чеком и необходимостью определенного срока для его инкассирования, просрочка платежа должником по объективным обстоятельствам, связанным с конкретными производственными

343

причинами и т. д. Существующее денежное требование считается перешедшим, по общему правилу, к финансовому клиенту в момент заключения договора (п. 2 ст. 731 ГК). Данное правило является диспозитивным, и соглашением сторон могут быть предусмотрены иные правила перехода существующего денежного требования при его уступке.

Но, как правило, предметом уступки при факторинге являются **денежные требования, срок платежа по которым еще не наступил**, например, обязательство клиента уступить права требования по подписанному им и третьим лицом договору подряда, по которому клиентом еще не выполнены работы и не возникло право требования денег и т.д. В этом случае момент уступки прав денежного требования не совпадает с моментом заключения договора и осуществлением финансирования, так как невозможно уступить требование, которое не существует в момент заключения договора. При уступке будущего требования клиент берет на себя, по общему правилу, обязанность по уступке права в момент его возникновения, и будущее требование считается в этом случае перешедшим к финансовому агенту с момента возникновения у клиента денежного требования к должнику по уступаемому имущественному праву.

Необходимо отметить, что по условиям договора факторинга обязанность клиента по уступке денежного требования в момент его возникновения может дополнительно обуславливаться либо определенным сроком (например, если даже по договору клиент обязан выполнить работы через двадцать дней, то он может взять обязательство по уступке права денежного требования через месяц после заключения договора), либо определенным событием (например, обязательство уступить денежное требование в случае невозврата финансирования при обеспечении финансирования уступкой требования). В зависимости от того, с чем связана уступка будущего требования, сроком или событием, с наступлением необходимого условия происходит и сам переход прав по уступаемому денежному требованию без каких-либо дополнительных оформлений этого.

Обязательным условием обязательства по уступке будущего требования является **действительность в момент заключения договора основания, из**

которого оно должно возникнуть в будущем. Последнее вытекает из необходимости уже в момент заключения договора факторинга идентификации уступаемого требования как существующего в этот момент, так и определения должным образом требования, которое возникнет в будущем, которое бы позволило идентифицировать это требование в момент его возникновения. Идентификация существующего в момент заключения договора уступаемого требования, то есть его безусловное определение, так и определение 344

УСЛОВИЙ для идентификации требования, которое возникнет в будущем имеет, по общему правилу, в соответствии с п. 1 ст. 731 и п. 2

732 ГК существенное значение для действительности договора Финансирования под уступку права требования. При этом уступаемое денежное требование признается действительным, если клиент обладает правом на передачу денежного требования и в момент уступки ему неизвестны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять. В связи с этим будут недействительны уступаемые денежные требования, если основанием их возникновения не допускается их уступка. Например, при уступке регрессных денежных требований, уступка которых не допускается законодательством, эти денежные требования будут недействительны. Соответственно, будет недействительным уступаемое денежное требование, когда до момента уступки должником заявлен клиенту зачет взаимных требований.

В то же время указанные правила не относятся к уступке денежных требований, когда условиями договора, из которого оно возникает предусмотрен запрет или ограничение на их уступку в связи со специальной нормой ГК о недействительности запрета на уступку **требования**, содержащегося в соглашении между клиентом и должником по уступаемому требованию... В соответствии со ст. 733 ГК уступка финансовому агенту денежного требования является действительной, даже если между клиентом и его должником существует соглашение о ее запрете или ограничении. Данное правило является изъятием из принципа свободы договора и свободы определения условий договора. Это правило относится к возможности уступки денежного требования, когда такая уступка запрещена соглашением сторон, только по договору финансирования под уступку денежного требования.

В то же время установленное ГК изъятие из принципа свободы определения условий договора не должно приводить к нарушению интересов должника по уступленному денежному требованию, и клиент, первоначальный кредитор по уступленному праву, ни в коей мере не освобождается от выполнения обязательства и ответственности перед должником в связи с совершенной уступкой права, если между ними существует соглашение о запрете или ограничении уступки этого права, что является общим правилом при исполнении должником обязательства по уступленному требованию финансовому агенту. Клиент также обязан возместить должнику по уступленному праву все возникшие у последнего убытки в связи с нарушением условия о запрете или ограничении уступки прав по договору, а также уплатить ³¹неустойку, если она предусмотрена на этот случай.

Ответственность клиента за действительность уступаемого денежного требования предусмотрена диспозитивными нормами п. 1 ст. 732 ГК и в целом, на первый взгляд, соответствует общим принципам ответственности кредитора, уступившего требование в соответствии с правилами цессии, предусмотренным ст. 347 ГК. Клиент отвечает за недействительность уступленного денежного требования, но не отвечает за его неисполнение или ненадлежащее исполнение. В то же время существенным отличием регулирования ответственности клиента по договору финансирования под уступку денежного требования

от цессии служит сам метод регулирования. В соответствии с правилами ст. 347 ГК, регулирующей цессию, предусмотрено императивное правило об ответственности первоначального кредитора, уступившего требование, за недействительность передаваемого требования, в то время как п. 1 ст. 732 ГК предусмотрено аналогичное, но диспозитивное правило, допускающее возможность соглашением сторон по договору финансирования под уступку денежного требования предусмотреть полное или частичное освобождение клиента от ответственности за недействительность уступаемого денежного требования.

Имеются различия между общегражданской цессией и факторингом и по вопросу ответственности клиента за исполнение уступаемого денежного требования. Так, ст. 347 ГК предусмотрено императивное правило об освобождении от ответственности первоначального кредитора, уступившего требование, за неисполнение или ненадлежащее исполнение передаваемого требования должником, с единственным исключением в виде случаев, когда первоначальный кредитор принял на себя поручительство за должника перед новым кредитором. В то время как п. 3 ст. 732 ГК, регулирующей финансирование под уступку денежного требования, предусматривает аналогичное, но диспозитивное правило, допускающее соглашением сторон по договору финансирования под уступку денежного требования предусмотреть полную или частичную ответственность клиента за исполнение должником денежного требования, являющегося предметом уступки.

Ответственность клиента и финансового агента за нарушение принятых на себя обязанностей, в том числе и при уступке недействительного требования и соглашения сторон об ответственности клиента за выполнение обязанностей должником по уступленному праву, а также его размер определяется по общим правилам об ответственности за нарушение гражданско-правового обязательства и может выражаться в виде возмещения убытков, уплаты неустойки, если соглашением сторон не предусмотрен конкретный порядок определения ответственности и его размера (пределов).

в отличие от общих норм ГК о цессии по вопросу о возможности **последующей** уступки, не предусматривающих для нее никаких ограничений, правовое регулирование договора финансирования под уступку денежного требования предусматривает диспозитивную норму в соответствии с которой последующая уступка финансовым агентом уступленного ему денежного требования, по общему правилу не допускается. В то же время последующая уступка финансовым агентом уступленного ему права возможна, если это допускается договором о финансировании под уступку денежного требования.

Зависимость прав и обязанностей сторон по договору, рисков неисполнения, возникновения убытков и ответственности сторон от действий третьих лиц (что предопределено использованием в этом договорном правоотношении в качестве объекта права требования к третьему лицу) обуславливает необходимость рассмотрения и законодательного урегулирования отношений не только между сторонами по договору, но и отношений между ними и третьим лицом - должником по уступаемому имущественному праву денежного требования. При этом законодательством предусматривается регулирование как внутренних отношений между сторонами по договору, так и отношения между ними и должником по уступаемому денежному требованию.

Условия исполнения денежного требования должником финансовому агенту соответствует аналогичным условиям, предусмотренным общими положениями ГК об уступке права требования (цессии), с некоторыми особенностями, имеющими значение и для ответственности должника по уступленному денежному требованию.

В соответствии с п. 1 ст. 735 ГК должник по уступленному денежному требованию должен быть письменно извещен о произведенной уступке, и финансовый агент - новый кредитор несет все риски неблагоприятных последствий, вызванных отсутствием письменного уведомления должника об этом, например, вызванных исполнением должником обязательства первоначальному кредитору. Должник же, в свою очередь, обязан произвести платеж финансовому агенту только при условии, если он получил от клиента или финансового агента письменное уведомление об уступке денежного требования финансовому агенту, в котором конкретно определено подлежащее исполнению денежное требование и указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж. Исполнение обязательства без письменного уведомления возлагает на должника риски исполнения ненадлежащему лицу и возможное повторное исполнение надлежащему кредитору. Поэтому при отсутствии письменного уведомления, исполнение должником денежного требования клиенту, первоначальному кредитору признается исполнением надлежащему кредитору и

347

освобождает должника от каких-либо последующих обязательств по данному денежному требованию.

Аналогично общим положениям ГК о цессии, должник по уступленному праву вправе в соответствии с п. 2 ст. 735 ГК потребовать от финансового агента, в том числе и при получении письменного уведомления об уступке права, предоставления доказательств перехода денежного требования к этому лицу. Непредоставление в

разумный срок финансовым агентом необходимых доказательств того, что уступка денежного требования финансовому агенту действительно имела место, дает должнику право исполнить денежное требование клиенту первоначальному кредитору по денежному требованию, что также будет считаться исполнением обязательства надлежащему кредитору.

В случае получения письменного уведомления с конкретно определенным подлежащим исполнению денежным требованием и указанием финансового агента, которому должен быть произведен платеж а также при предоставлении в разумный срок финансовым агентом необходимых доказательств о действительности уступки ему требования, когда эти доказательства были затребованы должником по денежному требованию, должник обязан исполнить денежное требование финансовому агенту. Исполнение в этом случае денежного требования финансовому агенту считается в соответствии с п. 3 ст. 735 ГК исполнением надлежащему кредитору и освобождает должника от исполнения соответствующего обязательства перед клиентом.

В соответствии со ст. 737 ГК предусматривается возможность должника, при обращении к нему финансового агента с требованием произвести платеж, **предъявить к зачету свои денежные требования**, основанные на договоре с клиентом, которые уже имелись у должника ко времени, когда им было получено уведомление об уступке денежного требования финансовому агенту. Осуществление зачета осуществляется в соответствии с общими правилами, предусмотренными ст. 370 ГК. В то же время особенностью производства зачета при предъявлении требований, основанных на договоре факторинга, является право финансового агента отказать от зачета, если клиент не уведомил его о наличии обязательства перед должником, что является исключением из правил, вытекающих из нормы п. п. 1 и 2 ст. 370 ГК, а также развитием положений норм п. 2 этой же статьи, предусматривающих запрет на производство зачета в случаях, предусмотренных законодательными актами, в данном случае, предусмотренном ГК. Соответственно, должник не вправе предъявлять к зачету свои денежные требования к клиенту, которые возникли после получения уведомления об уступке, и эти требования должны предъявляться непосредственно к клиенту.

ГК предусматривает и некоторые особенности по предъявлению должником финансовому агенту - новому кредитору возражений, основанных на отношениях с клиентом, который является первоначальным кредитором. В соответствии с п. 1 ст. 738 ГК должник не вправе требовать от финансового агента, которому уступлено денежное требование, **возврата ранее уплаченных во исполнение денежного требования сумм** в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения клиентом своих обязательств по договору, если должник вправе получить эти суммы непосредственно с клиента. В этом случае должник вправе требовать возврата уплаченных сумм только с клиента. Данная норма имеет цель защитить интересы добросовестного финансового агента, исполнившего свои обязательства по финансированию и принявшего взаимное, основанное на договоре факторинга, обязательство клиента по уступке денежного требования по договору, заключенному последним с третьим лицом - должником по уступленному денежному требованию.

В то же время при недобросовестности финансового агента должник в соответствии с п. 2 ст. 738 ГК имеет **право** на взыскание с последнего сумм, которые он имеет право взыскать непосредственно с клиента. Данной нормой предусматривается солидарная ответственность недобросовестного финансового агента за неисполнение или ненадлежащее исполнение клиентом своих обязательств перед должником по уступленному денежному требованию. Недобросовестность финансового агента может проявляться в неисполнении обязанностей финансирования клиента по договору факторинга либо в осуществлении финансирования в ситуации, когда ему известно о неисполнении или ненадлежащем исполнении клиентом своих обязательств по **договору**, из которого вытекает уступаемое денежное требование.

Необходимо иметь в виду то, что предусмотренным ГК **обязательством по финансированию под уступку денежного требования охватываются все виды известного в международной практике финансирования под уступку права требования**, включая факторинг, форфейтинг и иные виды безоборотного финансирования под уступку требования. Термин «факторинг» по казахстанскому законодательству применяется ко всем указанным видам финансирования. В то же время в международной практике факторинг, форфейтинг и иные виды безоборотного финансирования представляются различными конструкциями правоотношений, и этими терминами обозначаются различные обязательства, имеющие конструктивные и регулятивные особенности.

³¹⁵ Так, как правило, под **факторингом** понимается финансирование совершенных сделок, по которым исполнено обязательство продавца, под уступку права требования к покупателю, которая фактически выступает в форме уступки права требования по коммерческим счетам продавца (счет-фактурам, отгрузочным и иным товарораспорядительным документам). Таким образом, факторинг представляет собой общепринятую цессию, характерной чертой которой является профессиональная деятельность фактора - лица, финансирующего под уступку права требования.

Форфейтинг (используется в английском от франц. *a forfait*²), в отличие от факторинга, имеет место при финансировании под уступку права требования, вытекающего из переводного или простого векселя. Форфейтинг, как и факторинг, является формой финансирования совершенной сделки, по которой выполнено обязательство продавца, а покупатель в ответ на это либо выписал простой вексель, либо акцептовал выставленный на него переводной вексель. При форфейтинге фактически происходит покупка долга, выраженного в оборотном документе (векселе) у кредитора на безоборотной основе, то есть без сохранения регрессных прав требования к продавцу, что вытекает из абстрактности характера обязательств должника по векселю, не связанному с первоначальным договором купли-продажи. Как правило, для осуществления форфейтинга большое значение имеет обеспечение векселя, в частности, при помощи авалья или иных гарантий третьих лиц.

В то же время в международной практике существуют и **иные виды финансирования под уступку права требования**, которые, в отличие от факторинга или форфейтинга, либо не связаны с покупкой векселей (и поэтому они не относятся к форфейтингу), либо содержат в себе элементы финансирования еще не состоявшейся сделки, либо финансирование сделок, по которым не выполнены обязательства продавца (и поэтому их нельзя отнести к факторингу в смысле, принятом в международной торговой практике, и к уступке прав требования по действительному обязательству).

Например, существуют такие формы финансирования под уступку денежного требования, при которых стороны договариваются о финансировании производства товаров под условием уступки будущего денежного требования, которое возникнет при продаже данного това-

при этом стороны могут договориться как о безоборотном, так и о оборотном финансировании (ответственности уступающего требование лица за его исполнение). В данном случае эти стороны соглашения о финансировании под уступку денежного требования могут выступать в качестве одной (множественность сторон) стороны продавца по договору купли-продажи, по которому также может использоваться и вексельная система расчетов (то есть может осуществляться в дальнейшем учет выданных и акцептованных векселей). Приведенный пример не подпадает под общепринятую форму факторинга или форфейтинга и рассматривается в международной торговле, как правило как один из иных, чем факторинг или форфейтинг, видов финансирования под уступку денежного требования. Но, как уже отмечалось ранее, предусмотренное ГК обязательство по финансированию под уступку денежного требования не выделяет отдельные формы и виды финансирования, и определяемым ГК понятием «факторинг» охватываются все виды и формы применяемых в международной торговле видов финансирования под уступку денежного требования, включая факторинг, форфейтинг и иные любые виды и формы безоборотного и оборотного финансирования.

Глава 47. Банковское обслуживание

§ 1. Понятие и проблемы определения договора банковского обслуживания

По договору банковского обслуживания одна сторона (банк) обязуется по поручению другой стороны (клиента) оказать банковские услуги, а клиент обязуется оплатить эти услуги, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 739 ГК).

В ГК впервые было закреплено правовое регулирование отдельных видов обязательств, относящихся к предпринимательской деятельности в банковской сфере. Ранее, в период социалистического хозяйствования и в соответствии с советским законодательством, банковская деятельность была подвержена строгому государственному администрированию с преобладанием в банковской сфере государственных банков и наделением банков рядом административных функций по контролю за деятельностью государственных и коллективно-кооперативных организаций, включая государственные учреждения, государственные предприятия и коллективные хозяйства⁷⁶. Это обусловило регулирование банковской деятельности преимущественно административным правом. Непосредственно в ГК Каз.ССР вопросам банковского дела было посвящено всего пять статей, по большей части отсылочного характера, при наличии в законодательстве того периода самой мелочной и тщательной регламентации банковской деятельности на уровне подзаконных актов, главным образом, инструкций Государственного банка СССР⁷⁷.

Реформирование экономики Казахстана в связи с переходом к рыночным устоям вызвало необходимость реформирования банковской системы и либерализации правового регулирования банковской деятельности, снятия запрета на ее осуществление и отнесения банковской деятельности к виду предпринимательской деятельности. Появилась двухуровневая банковская система Казахстана, нижний уровень которой представляли коммерческие банки, осуществляющие предпринимательскую деятельность. Либерализация банковской деятельности и ее развитие обусловили законодательное закрепление правового регулирования отдельных видов банковских обязательств и появление в ГК новых видов банковских договоров.

Договор банковского обслуживания выступает в ГК в качестве одного из основных видов банковских договоров. Помимо договора банковского обслуживания, в ГК закреплены несколько иных банковских договоров, выступающих как в качестве способа оформления отдельных гражданско-правовых обязательств (договор финансирования под уступку денежного требования и договор лизинга), так и в качестве способа оформления разновидностей общеизвестных гражданско-правовых обязательств (договор банковского займа как разновидность договора займа, договор купли-продажи валютных ценностей как разновидность договора купли-продажи, договор хранения ценностей в банке как разновидность договора хранения).

До введения в действие Особенной части ГК в казахстанской банковской практике широко применялся одноименный договор - договор банковского обслуживания - для оформления отношений между клиентом и банком по поводу

⁷⁶ См.: М. К. Сулейменов, Б. В. Покровский, А. И. Худяков и др. Право и предпринимательство в Республике Казахстан. Алматы, 1994. С. 108; Осипов Е. Б. Правовая природа банковских договоров. Алматы: Издательство "АдилетПресс", 1997. С. 70-77.

* См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы: "Жеты жаргы", 2000. С. 352. 352

ведения банковского счета. В ряде случаев он прямо назывался договором банковского счета, либо его могли именовать еще договором расчетно-кассового обслуживания. Как правило, в таком договоре банковского обслуживания (договор расчетно-кассового обслуживания, договор банковского счета) закреплялись права и обязанности сторон по обязательству банковского счета, а также могли содержаться условия о возможности оказания банком и иных услуг на основе этого же договора банковского обслуживания (например, выдача денежных или лимитированных чековых книжек, инкассация наличности клиента, хранение ценностей, выдача наличных денег, оказание услуг по производству периодических платежей и т. д.), либо на основании отдельных договоров (например, выдача гарантий, кредитов, прием депозитов на основе отдельного договора и т. д.). В то же время такой договор банковского обслуживания (договор расчетно-кассового обслуживания, договор банковского счета) не был закреплен в законодательстве в качестве отдельного обязательства, в связи с чем в юридической литературе широко обсуждались вопросы о правовой природе этого договора и, следовательно, вопросы допустимости применения норм об общеизвестных гражданско-правовых обязательствах к регулированию отношений по такому договору банковского обслуживания и определения таких норм. Принятие Особенной части ГК, в котором банковское обслуживание закреплено в виде отдельного гражданско-правового обязательства, урегулировало эти проблемные вопросы в законодательном порядке.

В соответствии с параграфом 1 главы 39 ГК, а именно - ст. 739 ГК понятие договора банковского обслуживания дается как обозначение **всех видов банковских договоров** - договоров с участием банков в соответствии с которыми оказываются банковские услуги. Договором банковского обслуживания предполагается оказание банком клиенту банковских услуг, а также оплату клиентом этих услуг, если только договором не предусмотрено иное (например, договором может быть предусмотрена безвозмездность банковской услуги либо даже оплата банком клиенту вознаграждения за пользование банковской услугой). В этом плане понятие "договор банковского обслуживания" выступает родовым понятием по отношению ко всем видам банковских договоров, которые перечислены в подпунктах 1)-3) п. 2 ст. 739 ГК - договору банковского счета, договору перевода денег, договору банковского вклада, так и (в соответствии с оговоркой, содержащейся в подпункте 4) п. 2 ст. 739 ГК) ко всем иным видам банковских договоров, содержащихся (например, договор банковского займа, договор финансирования под уступку денежного требования, договор хранения ценностей в банке, договор купли-продажи валютных ценностей) или не содержащихся в ГК⁷⁸. В то же время большинство статей, предусмотренных в параграфе 1 главы 39 ГК "Банковское обслуживание", имеет прямое отношение только к договору банковского счета. Это показывает то, что законодатель при разработке договора банковского обслуживания

⁷⁸ См. об этом, например: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Ал-матъу "Жеты жаргы", 2000. С. 354. 354

понимал под этим договором в первую очередь договор банковского счета.

Выделение договора банковского обслуживания в качестве отдельного гражданско-правового обязательства произведено на основе **исключительно субъектного состава обязательства - участие в обязательстве банка.** Обозначение банковской услуги в определении договора банковского обслуживания не несет никакой правовой нагрузки, так как далее (в п. 2 ст. 739 ГК) дается определение, по которому разновидностью договора банковского обслуживания являются договоры банковского счета, перевода денег, банковского вклада и иные договоры, предусмотренные законодательством или соглашением сторон. Между тем объектами этих обязательств могут быть различные действия, которые невозможно объединить между собой по какому-либо критерию, кроме разве что субъектного состава - участие банка и его клиента. Так, даже между такими близкими по условиям договорами банковского счета и банковского вклада имеются существенные различия по объекту обязательства. По договору банковского счета банк обязуется принимать поступающие в пользу клиента деньги, производить учет этих денег и выполнять распоряжения клиента о перечислении денег в пользу третьих лиц, в то время как по договору банковского вклада банк обязуется принять от клиента деньги, выплачивать вознаграждение и вернуть деньги клиенту в соответствии с условиями договора.

Выделение отдельного обязательства на основе субъектного состава безусловно, не свойственно общим принципам Особенной части ГК в которой выделение отдельных гражданско-правовых обязательств производится, как правило, по основанию возникновения обязательства - разновидности гражданско-правового договора или деликта. Разновидности договоров классифицируются по их условиям, которыми устанавливаются определенные права и обязанности сторон договора, выделяющие этот договор в самостоятельную разновидность. В ряде случаев субъектный состав в гражданско-правовом обязательстве может иметь ярко выраженный характер (например, договор перевозки предполагает наличие таких субъектов, как перевозчик и клиент, договор страхования - страховщик и страхователь и т. д.). Но в этих случаях ярко выраженный субъектный состав является следствием особенностей содержания обязательства - условий о правах и обязанностях сторон. При этом наименование сторон дается исключительно как обозначение стороны в обязательстве, что является вторичным по отношению к объекту обязательства, так как обозначение определенного субъекта каким-то специфичным наименованием связано с его специфичными правами (например, покупатель, страхователь) или обязанностями (например, страховщик, перевозчик) в обязательстве. Такое наименование, связанное исключительно с обозначением стороны в обязательстве, не имеет отношения к обозначению субъекта, осуществляющего определенный вид деятельности. Между тем, выделение договора банковского обслуживания производится вне связи с содержанием или объектом обязательства, условно обозначенным безликим и бессодержательным собирательным понятием "банковская услуга", а исключительно на основе субъектного состава - участия банка и клиента,

где обозначение "банк" дается как определение субъекта, осуществляющего определенный вид деятельности.

Данный парадокс конструирования отдельного вида гражданско- правового обязательства по субъектному составу объясняется лишь историей возникновения в Особенной части ГК такого обязательства, как договор банковского обслуживания, который появился в ГК только по настоянию Национального банка и который стал компромиссом для закрепления в ГК отдельных видов обязательств, связанных с банковской деятельностью⁷⁹. Без такого компромисса было бы невозможно сохранение в ГК таких обязательств, как банковский счет и банковский вклад. При этом на стадии разработки ГК из него были исключены такие обязательства, как банковские расчеты и банковская гарантия, что безусловно существенно ухудшило гражданско- правовое регулирование деятельности в банковской сфере⁸⁰.

⁷⁹См. об этом: Осипов Е. Б. Банковские договоры в Особенной части Гражданского кодекса Республики Казахстан // В кн.: Договор в гражданском праве: проблемы теории и практики. Том 2. Материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию образования Научно-исследовательского института частного права КазГЮА (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 6-7 апреля 2000 г. // Отв.ред. М. К.Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 50-51.

⁸⁰ В отношении расчетов действует Закон РК от 29 июня 1998 года "О платежах и переводах денег", отношения по банковской гарантии в законодательстве РК не урегулировано.

В связи с вышеуказанным, в частности, приданием понятию "договор банковского обслуживания" собирательного обозначения всех договоров с участием банков (банковских договоров), довольно сложно отнести договор банковского обслуживания к отдельной разновидности гражданско-правового договора. Скорее необходимо рассматривать, с некоторыми нижеизложенными оговорками, нормы параграфа 1 главы 39 ГК в качестве норм, регулирующих определенные виды банковских договоров и применяемых только к определенным видам банковских договоров, либо в качестве норм "общей части" банковских договоров⁸¹, то есть применяемых ко всем договорам с участием банков. Деление норм ст. ст. 739-746 ГК на нормы, применяемые только к отдельным видам договоров, и нормы, применяемые ко всем видам банковских договоров, должно производиться по их содержанию и возможности их применения ко всем или только отдельным видам банковских договоров. Например, невозможно применить к договору банковского вклада положения п. 1 ст. 739 ГК и ст. 744 ГК об обязанности клиента оплатить услуги банка, так как сущностью банковского вклада, являющегося банковской услугой, в экономическом смысле этого определения, является привлечение на возмездной основе денег клиента, при которой не клиент, а сам банк обязан оплатить клиенту вознаграждение за внесение денег на банковский вклад. Неприменимы указанные нормы и в отношении договора финансирования под уступку денежного требования, так как в ряде случаев такой договор используют в качестве обеспечения, и он может не содержать вообще вознаграждения. В случае наличия финансирования по договору финансирования под уступку денежного требования клиент непосредственно не уплачивает вознаграждение финансовому агенту, поскольку вознаграждение финансового агента складывается за счет разницы между суммой, которую он может получить по уступленному ему денежному требованию, и суммой произведенного финансирования. В то же время указанные нормы о вознаграждении могут быть применены к договору банковского счета, договору перевода денег, договору хранения ценностей в банке, договору банковского займа.

В числе общей нормы, применяемой ко всем банковским договорам, можно отметить разве что декларативно-отсылочные нормы ст. 745 ГК, посвященные регулированию банковской тайны. В соответствии со ст. 745 ГК банк гарантирует сохранение банковской тайны. В то же время в ст. 745 ГК не содержится определения банковской тайны. В указанной статье имеется только отсылочная норма, в соответствии с которой перечень сведений, составляющих банковскую тайну, а также основания выдачи банковской тайны третьим лицам³² определяются законодательными актами, регулирующими банковскую деятельность. Законодательным актом, определяющим перечень сведений, составляющих банковскую тайну, а также основания выдачи банковской тайны третьим лицам, является Закон о банках и банковской деятельности. В соответствии со ст. 50 этого Закона банковская тайна

⁸¹См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы: "Жеты жар-гы", 2000. С. 354.

включает сведения о наличии, владельцах и номерах банковских счетов депозиторов, клиентов и корреспондентов банка, об остатках и движении денег на этих счетах и счетах самого банка, об операциях банка (за исключением общих условий проведения банковских операций), а также сведения о наличии, владельцах, характере и стоимости имущества клиентов, находящегося на хранении в сейфовых ящиках, шкафах и помещениях банка. То есть под банковской тайной понимается любая информация, связанная с конкретной банковской операцией или с конкретным банковским клиентом. В соответствии с указанной статьей Закона о банках и банковской деятельности к банковской тайне не относятся сведения о кредитах, выданных банком, находящимся в процессе ликвидации. Помимо этого, в соответствии со ст. 39 указанного Закона не могут быть отнесены к банковской или коммерческой тайне общие условия проведения операций, которые являются открытой информацией и должны предоставляться по первому требованию любому банковскому клиенту. В ст. 50 Закона о банках и банковской деятельности содержится довольно большой, но исчерпывающий перечень случаев раскрытия банковской тайны.

Нетрадиционными для ГК являются нормы ст. 743 ГК. Смысл ст. 743 ГК заключается в том, что организации, не являющиеся банками, вправе оказывать отдельные виды банковских услуг на основании лицензии Национального банка Республики Казахстан. Ст. 743 ГК оперирует понятием "организация, осуществляющая отдельные виды банковских операций", определение которой дано в ст. 5 Закона о банках и банковской деятельности. Под организацией, осуществляющей отдельные виды банковских операций, понимается юридическое лицо, не являющееся банком, которое на основании лицензии Национального Банка правомочно проводить отдельные виды банковских операций, предусмотренных ст. 30 Закона о банках и банковской деятельности. По своему содержанию ст. 743 ГК отсылочная, не несущая собственной правовой нагрузки и не относящаяся непосредственно к обязательству банковского обслуживания; следовательно, статья не относится ни к одному из банковских договоров и не может быть отнесена к "общей части" банковских договоров.

Необходимо отметить, что нормы п. 3 ст. 739, ст. ст. 740-742, 746 ГК применимы исключительно к договору банковского счета и их применение невозможно к иным банковским договорам.

Предусмотренная п. 3 ст. 739 ГК норма о возможности банка использовать деньги, находящиеся на счете клиента, при гарантии права клиента беспрепятственно распоряжаться своими деньгами, традиционно предусматривалась раньше в отношении договора банковского счета и в представленном виде может применяться только в отношении договора банковского счета. Например, аналогичная по содержанию норма предусматривалась в ст. 110 Основ гражданского законодательства в отношении правового регулирования договора банковского счета. Данная норма неприменима, например, к договору банковского вклада, в соответствии с которым банк изначально привлекает деньги клиента для последующего их использования, а клиент не вправе распоряжаться деньгами, предоставленными банку по договору банковского вклада, кроме как требовать возврата вклада по истечении его срока или наступления определенных событий. Она также

неприменима к договору о переводе денег, так как по этому договору деньги передаются клиентом банку исключительно для их перевода банком третьему лицу, указанному клиентом. В этой ситуации ни о каком использовании денег банком не может быть и речи. Невозможно применить эту норму и в отношении, например, договора финансирования под уступку денежного требования или договора

* донского займа, так как из сущности указанных обязательств вы-ярт невозможность использования банком денег, выступающих предметом финансирования под уступку денежного требования или

Займ статьей 740 ГК установлены правила наложения ареста на деньги клиента находящиеся в банке. Такой арест может быть наложен судами органами следствия и дознания или органами исполнительного производства по находящимся у них в производстве уголовным, гражданским или делам исполнительного производства в порядке Гпо основаниям, установленным уголовно-процессуальным и гражданско-процессуальным законодательствами и законодательством об исполнительном производстве. При этом срок ареста денег клиента не может превышать сроков, установленных для ведения соответствующих дел уголовно-процессуальным и гражданско-процессуальным законодательством, а решение об аресте может быть обжаловано в установленном законодательством порядке. Хотя п. 3 ст. 740 1 К предусмотрено, что могут быть обжалованы решения органов следствия и дознания и ничего не говорится об обжаловании решения суда или органов исполнительного производства, но с учетом норм уголовно-процессуального и гражданско-процессуального законодательства о возможности обжалования решений (определений) суда и решении органов исполнительного производства, а также с учетом того, что в соответствии с гражданско-процессуальным законодательством имеется возможность предъявления иска об освобождении имущества от ареста необходимо констатировать возможность обжалования в установленном законодательством порядке решений (определений) суда и органов исполнительного производства о наложении ареста. Положения ст 740 ГК о наложении денег, на которые налагается арест, в банке обуславливают возможность применения ее норм в отношении обязательства банковского счета и банковского вклада, так как в этих обязательствах деньги клиента находятся в банке, и невозможность их применения в отношении таких обязательств, как перевод денег, банковский заем, финансирование под уступку денежного требования так как в последних обязательствах не имеет места нахождение денег клиента в банке. При этом различия обязательств банковского счета и банковского вклада обуславливают различный порядок наложения ареста на деньги клиента и различный механизм применения норм ст. 740 ГК к банковскому вкладу и банковскому счету, особенности которых необходимо рассматривать в непосредственной связи с рассмотрением правового регулирования банковского счета и банковского вклада.

Нормы ст. 741 ГК регулируют порядок **исполнения денежных требований третьих лиц** к клиенту, предъявленных в банк для исполнения за счет денег, находящихся на банковском счете клиента. Как правило, порядок получения банком согласия клиента на исполнение предъявленных денежных требований третьих лиц оговаривается в договоре между банком и клиентом (в договоре банковского счета). В соответствии со ст. 741 ГК изъятие находящихся в банке денег клиента без его согласия может быть произведено только на основании вступившего в законную силу приговора или решения суда, а также судебного приказа. Как и нормы ст. 740 ГК, нормы ст. 741 ГК предполагают нахождение денег клиента в банке, и эти нормы, соответственно, применимы только в отношении обязательств банковского счета. При этом нормы ст. 741 ГК неприменимы к договору банковского вклада в период его действия, так как при этом деньги передаются в распоряжение банка. Возможность изъятия денег с банковского вклада по требованиям третьих лиц возникает только при обязанности банка по возврату вклада вкладчику - при истечении срока вклада, наступлении обусловленного обстоятельства условного вклада, досрочном прекращении договора и досрочном истребовании денег вкладчика. Это относится и к вкладу до востребования, при котором третьи лица вправе истребовать деньги вкладчика только переведя на себя права вкладчика на возврат определенной суммы денег. Изъятие денег вкладчика по вкладу до востребования, как и по любому иному виду вклада, производится через механизм перевода на третье лицо прав требования вкладчика по возврату денег в пределах определенной суммы. Необходимо в связи с этим отметить, что изъятие денег вкладчика третьими лицами допускается, но не через процедуру исполнения требований третьих лиц к банковскому счету клиента, а через механизм перевода прав вкладчика по частичному или полному возврату вклада на третье лицо, что исключает применение норм ст. ст. 741, 742 ГК к договору банковского вклада.

В ст. 742 ГК предусмотрен порядок исполнения распоряжений клиента о перечислении денег с банковского счета и исполнение денежных требований третьих лиц к клиенту, предъявленных в банк для исполнения за счет денег клиента. Удовлетворение требований, предъявляемых к клиенту, возможно только за счет его денег, находящихся на банковском счете клиента. В соответствии с действовавшим до принятия Особенной части ГК законодательством в банковской практике существовали банковские вклады до востребования, условиями которого предусматривалась возможность осуществления клиентами расчетов с банковского вклада, аналогично расчетам с банковского счета. Такая же позиция была заложена в Основах гражданско-банковского законодательства, где допускалось осуществление банковских расчетов с банковского вклада аналогично расчетам с банковского счета, что стирало фактически правовое различие между банковским счетом и банковским вкладом. С принятием Особенной части ГК законодательно были определены различия между банковским вкладом и банковским счетом: по договору банковского вклада, в отличие от банковского счета, не предусматривается осуществление банковских расчетов, и перечисление денег с банковского вклада

в пользу третьих лиц допускается только в рамках исполнения обязательства по возврату вклада. Поэтому в настоящее время в соответствии с Особенной частью ГК различного рода договоры банковского вклада, условиями которых допускается осуществление банковских расчетов аналогично расчетам с банковского счета, должны признаваться договорами банковского счета вне зависимости от своего наименования. В отношении же вклада до востребования необходимо передачу денег третьим лицам по распоряжению вкладчика признать исполнением обязанностей банка по возврату денег вкладчику.

При достаточности денег клиента в банк выполнение его распоряжений, а также удовлетворение требований третьих лиц, осуществляемых без согласия клиента на основании вступившего в законную силу приговора или решения суда, производится, в соответствии с п. 1 ст. 742 ГК, в календарной очередности поступления соответствующих документов.

При недостаточности денег клиента в банке для удовлетворения одного требования, предъявленного к клиенту, банк аккумулирует поступающие в пользу клиента деньги и при их достаточности выполняет соответствующее требование.

В случае же поступления или нескольких распоряжений клиента, или поступления нескольких требований третьих лиц к счету клиента, или поступления одновременно одного либо нескольких распоряжений клиента о производстве расчетов с банковского счета и одного или нескольких требований третьих лиц к банковскому счету и недостаточности денежных средств на банковском счете клиента для выполнения всех распоряжений и требований, выполнение распоряжений клиента и требований третьих лиц производятся в порядке определенной очередности, установленной п. 2 ст. 742 ГК, где критериями определения очередности являются определенный вид документа и назначение платежа, а также календарная очередность поступления требования в банк. В первую очередь исполняются требования третьих лиц, основанные на исполнительных документах и предусматривающие удовлетворение требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, и требований по уплате алиментов. Во

361

вторую очередь исполняются требования третьих лиц, основанные на исполнительных документах и предусматривающие выплату выходных пособий и оплату труда, вознаграждений по авторскому договору. В третью очередь исполняются любые платежи в бюджет, как основанные на распоряжениях клиента о перечислении денег, так и основанные на исполнительных документах, предусматривающих уплату денег по обязательствам клиента перед бюджетом. В четвертую очередь исполняются иные требования третьих лиц, основанные на исполнительных документах. В пятую очередь исполняются все иные распоряжения клиента и требования третьих лиц, не основанные на исполнительных документах.

Исполнение денежных обязательств клиента каждой последующей очередности может производиться только после исполнения всех обязательств предыдущей очередности. При наличии в какой-либо очередности нескольких денежных

обязательств, подлежащих исполнению, их исполнение производится в календарной очередности поступления в банк документов, основывающих исполнение - исполнительных документов, распоряжений клиента или иных требований третьих лиц. При этом банк, при недостаточности денег для исполнения соответствующего денежного обязательства, также должен аккумулировать поступающие в пользу клиента деньги, и он обязан, по общему правилу, исполнить это денежное обязательство в полном объеме, что исключает возможность частичного его исполнения.

Необходимо иметь в виду, что установленная п. 2 ст. 742 ГК очередность исполнения денежных обязательств клиента с его банковского счета не применяется к исполнению денежных обязательств при ликвидации юридического лица, являющегося клиентом. В соответствии с п. 3 ст. 742 ГК в этом случае применяется общий порядок удовлетворения требований кредиторов в очередности, предусмотренный ст. 51 ГК.

Нормы ст. 742 ГК неприменимы к договорам банковского займа, финансирования под уступку денежного требования, хранения ценностей в банке и т.д., так как по указанным договорам не предполагается размещение клиентом денег в банке для дальнейшего их использования для расчетов с контрагентами, удовлетворение за счет каких-то денег требований третьих лиц к клиенту, ведение банком счета клиента. Как уже отмечалось, нормы ст. 742 ГК неприменимы и к банковским вкладам. Третьи лица не вправе предъявлять к исполнению требования банку, в котором находится вклад, но вправе требовать перевода на себя прав вкладчика по возврату вклада в пределах определенной суммы денег. Только в счет выполнения обязательств по возврату вклада банк вправе по договору банковского вклада пе-

362
«ислить деньги третьему лицу. Но в отношении договора банковского вклада ни о какой ситуации с превышением суммы распоряже-^с «я клиента над суммой вклада не может быть и речи, так же как и об аккумулировании денег для выполнения распоряжений клиента, превышающих сумму вклада.

Статья 746 ГК посвящено вопросам правового регулирования от- **тственности** за неисполнение или ненадлежащее исполнение банковских договоров (договора банковского обслуживания). Ранее т 746 ГК содержала условие о законной неустойке и ее размере. В новой редакции, введенной в действие Законом Республики Казах- тан от 29 марта 2000 года "О внесении изменений и дополнении в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам банковской тайны", ст. 746 ГК содержит отсылочную норму об ответственности банков за нарушение банковских договоров в соответствии с положениями законодательных актов, регулирующих банковскую деятельность, и условиями банковского договора. В настоящее время определенные меры ответственности банков за нарушение некоторых видов банковских договоров предусмотрены ст. 74-7 Закона о банках и банковской деятельности, в соответствии с которой предусматриваются размеры законной неустойки и ее размеры за несвоевременное или неправильное исполнение указаний по платежу и переводу денег, указаний по получению денег наличными, за несвоевременное или неправильное зачисление на банковский счет

владельца за утерю платежных документов клиента и т. д..

Весьма возможно, что в ходе дальнейшего совершенствования гражданского законодательства в ГК все же будут восстановлены главы о банковских расчетах и банковской гарантии, а параграф 1 главы 39 ГК посвященный договору банковского обслуживания, будет исключен из ГК с перенесением некоторых статей в иные параграфы главы 39 ГК. Например, нормы п. 3 ст. 739, ст. 740-742, 746 ГК могут быть перенесены в параграф 2 главы 39 ГК, посвященный договору банковского счета, а нормы п. 1-2 ст. 739, ст. 743-745 ГК могут быть исключены. До внесения необходимых изменений и дополнений в ГК, нормы ст. ст. 739-746 ГК следует применять с учетом их реального правового содержания.

§ 2. Договор банковского счета

По договору банковского счета одна сторона (банк) обязуется принимать деньги, поступающие в пользу другой стороны (клиента), выполнять распоряжения клиента о переводе (выдаче) клиенту или третьим лицам соответствующих сумм денег и ока-

счета[™] ДРУГИЕ УСЛУГИ¹ предусмотРеннь,е Договором банковского

™ "ОГГОВОР~У банковского счета клиенту или указанному им лицу для целей учета денег клиента в банке присваивается инли видуальный идентификационный код клиента на условияхГ' гласованных сторонами. Порядок присвоения, аннулирования' индивидуального идентификационного кода клиента, ведений банком учета денег клиента определяется банковским закон^{ода} тельством (п. 1 ст.747 ГК). л"««да-

Договор банковского счета является типичным и традиционным договором в банковской практике, в том числе и в банковской прак тике Казахстана. Основными проблемами в определении сущности" договора банковского счета являются вопросы его правовой природы вопросы разграничения понятия "банковский счет" как обозначение гражданско-правового обязательства и как обозначение определенной банковской операции, а также определение права собственности или иного субъективного гражданского права клиента и банка на деньги находящиеся на счете.

Полемика по поводу **правовой природы договора** банковского счета особенно широко велась до принятия Особенной части ГК в связи с отсутствием на законодательном уровне, в том числе и в Гражданском кодексе, правового регулирования договора банковского счета и необходимостью решения вопроса, нормами какого известного законодательству обязательства необходимо регулировать данный договор и правоотношения, возникающие из него. Принятие Основ гражданского законодательства, ст. 110 которых предусматривала правовое регулирование договора банковского счета, не прекратило полемику по поводу правовой природы этого договора, так как единственная статья Основ не позволяла решить все вопросы правового регулирования. Принятие Особенной части ГК ставит, с нашей точки зрения, точку в вопросе о правовой природе договора банковского счета, так как ГК признал его в качестве самостоятельного гражданско-правового договора .

Безусловно, необходимо согласиться с высказываемым в юридически литературе мнением, что наличие специального правового регулирования не всегда доказывает самостоятельный характер договора

¹См. об этом, например: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин Алматы: "Жеты жаргы", 2000. С 362 364 / и регулирование этого договора только нормами о нем⁸². Например, договор мены, имея специальное правовое регулирование, тем не менее по ряду положений регулируется правилами о договоре купли-продажи в связи с прямой оговоркой об этом в нормах о договоре мены. Тем не менее в случаях, когда в нормах, специально посвященных регулированию

⁸² См.: *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 30.

определенной разновидности договора, не имеется оговорок о распространении на него норм об иной разновидности гражданско-правового договора, необходимо признавать самостоятельный характер такого договора и невозможность применения норм об иных гражданско-правовых договорах. Например, к договору дарения нельзя применять правила о договоре купли-продажи, хотя экономическая сущность этих договоров довольно близка - оба они направлены на передачу права собственности на определенное имущество от одного лица другому.

Различия в правовом регулировании отдельных видов гражданско-правовых договоров обусловлены не только правовыми, но и экономическими потребностями - высокой частотой применения определенных договоров в экономической жизни общества и необходимостью унификации порядка их осуществления (заключение, исполнение, регулирование ответственности сторон и т. д.). Необходимость выделения в качестве отдельного гражданско-правового обязательства и разработка законодателем правового регулирования договора банковского счета обусловлена как особым местом, которое занимает банковская деятельность в имущественном обороте в связи с осуществлением посредничества в сфере расчета и кредита, так и сложившейся спецификой банковских обязательств, усложняющей применение традиционных конструкций гражданско-правовых обязательств из-за особого субъектного состава и особенностей содержания банковских сделок. Одной из таких специфик является более широкое вмешательство государства в банковскую деятельность в связи с публичными государственными функциями организации денежного обращения, использование в банковской деятельности денег и денежных обязательств в качестве предмета предпринимательской деятельности и, соответственно, большие ограничения свободы банковских договоров, в том числе и договора банковского счета, по сравнению с традиционными договорами займа, иррегулярного хранения и поручения (комиссии).

Поэтому, ввиду законодательного закрепления договора банковского счета в качестве самостоятельного гражданско-правового договора его нельзя уже никак признать, например, разновидностью договора займа, иррегулярного хранения и поручения (комиссии), как это ранее признавалось в юридической литературе⁸³, и невозможно, соответственно, применять нормы указанных обязательств к договору банковского счета. Как невозможно применять к договору банковского счета нормы о договоре банковского вклада, несмотря на то, что исторически, как это отмечалось в юридической литературе, обязательство банковского счета возникло из обязательства банковского вклада.³²⁶ На заре зарождения и развития банковского дела договору банковского счета предшествовал договор банковского вклада, из которого первый трансформировался путем наделения банка функциями кассира клиента (наделения банка обязанностями по приему денег от третьих лиц, поступающих в пользу клиента, выдаче денег клиенту и по распоряжению клиента третьим лицам, впоследствии -

⁸³ См. об этом, например: *Осинов Е. Б.* Правовая природа банковских договоров. Алматы: Издательство "АдилетПресс", 1997. С. 147.

по осуществлению расчетных операций и т.д.)⁸⁴. В то же время в настоящее время правовое регулирование договора банковского счета и договора банковского вклада приобрели существенные различия, что не позволяет в принципе применение норм об одном договоре к другому.

В законодательстве, регулирующем банковскую деятельность, широко используется **термин "банковский счет"**. При этом в различных нормативных правовых актах этот термин может иметь различный смысл, что, в некоторой степени, вносит объективные затруднения в рассмотрение договора банковского счета и вызывает в связи с этим ряд вопросов⁸⁵.

Значение термина "банковский счет" может нести в себе различный смысл в зависимости как от вида нормативного правового акта, так и от содержания отдельной нормы в одном и том же нормативном акте, и это неудобство, к сожалению, типично для юридического изложения нормы права и не связано исключительно только с термином "банковский счет". Основное специфическое содержание этого термина в ГК заключается в определении разновидности гражданско-правового обязательства - обязательства банковского счета - и определенной разновидности гражданско-правового договора - договора банковского счета. Именно в этом смысле используется в гражданско-правовой научной литературе термин "банковский счет". Например, при анализе правовой природы банковского счета, при определении условий осуществления деятельности банком по оказанию услуг банковского счета⁸⁶. В то же время термин "счет" или "банковский счет" применяется в ГК и для определения производимого банком особого бухгалтерского или математического способа учета, как правило, остатка денег клиента, находящегося в банке, а точнее сказать - учета взаимных прав требования клиента и банка, в связи с исполнением договора банковского счета. Бухгалтерский учет остатка денег клиента при исполнении договора банковского счета ведется путем присвоения определенной группе бухгалтерских счетов баланса банка наименования "банковские счета клиентов", отведения каждому клиенту определенного отдельного бухгалтерского счета в этой группе счетов и отражения на нем всех поступлений, убытий денег данного клиента и их остатка, представляющего собой долг банка перед клиентом, либо превышение расходов клиента над суммой денег, имевшейся у него в банке (такое

⁸⁴ См.: *Роде Э.* Банки, биржа, валюта современного капитализма. М., 1986. С. 13; *Ефимова Л. Г.* Банковское право: Учебное и практическое пособие. М.: Изд -во БЕК, 1994. С. 99; *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 62.

⁸⁵ См., например: *Карагузов Ф. С.* О правовой природе банковского счета // В кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 10. Алматы? ТОО Баспа, 2001. С. 69-72.

366

⁸⁶ См., например: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы: "Жеты жаргы", 2000. С. 353-365; *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 36-37; *Белов В. А.* Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки. М.: Учебно-консультационный центр "ЮрИнфоР", 2000. С. 48.

возможно при условии овердрафта - возможности превышения на определенный предел клиентом остатка денег на счете по договору банковского счета путем покрытия превышения суммой банковского займа), представляющего собой долг клиента перед банком и форму банковского кредитования (банковский заем). При этом для учета прав требования клиента к банку берется математическое значение, закрепленное в определенной строке бухгалтерского учета банка. Мало того, аналогичный учет ведется и клиентом, у которого в бухгалтерском балансе имеется определенный счет - деньги, находящиеся на банковском счете, математическое значение которого представляет собой учет прав требования к банку либо долга перед банком⁸⁷. В смысле определенного способа учета денег в банке термин "счет", "банковский счет" применяется, например, в п. 3 ст. 739, ст. ст. 753, 755 ГК, в которых данный термин используется не как обозначение гражданско-правового обязательства или гражданско-правового договора, а как определенный способ учета взаимных прав требования банка и клиента, в том числе и учет денег клиента (как остатка на счете и превышения прав требования клиента к банку перед правами требования банка к клиенту), производимого банком.

Термин "банковский счет", помимо ГК, также используется в ряде законодательных актов, как посвященных правовому регулированию банковской деятельности, так и не связанных непосредственно с ее правовым регулированием, а также в нормативных правовых актах более низкого уровня.

В п. 1 ст. 6 Закона о платежах и переводах денег дается определение банковского счета как способа учета взаимных прав требования между клиентом и банком в связи с заключенным договором банковского счета и договором банковского вклада. При этом Законом о платежах и переводах денег под термином "банковский счет" понимается вводимый дополнительно к банковскому бухгалтерскому учету самостоятельный способ учета взаимных прав требования между клиентом и банком в связи с заключенным договором банковского счета и договором банковского вклада. Он полностью дублирует осуществляемый банками бухгалтерский учет аналогичных производимых операций в связи с договором банковского счета и договором банковского вклада в балансе банка и является параллельным ему. Самостоятельный учет денег, производимый в соответствии с определением "банковского счета" согласно Закону о платежах и переводах денег, относится к внутреннему банковскому учету, и он имеет значение для определения каких-то установленных Национальным банком нормативов ликвидности и выполнения пруденциальных нормативов, но никак не влияет на отношения между банком и клиентом по договорам банковского счета и договорам банковского вклада.³³⁶ Правовое регулирование договора банковского счета и договора банковского вклада осуществляется Гражданским кодексом и определение "банковского счета" в соответствии с Законом о платежах и переводах денег никак на него не влияет.

⁸⁷ См. об этом, например: Правовое регулирование банковской деятельности // Под ред. проф. Е. А. Суханова. М.: Учебно-консультационный центр "ЮрИнфоР", 1997. С. 142-144. 368

Необходимо отметить, что Закон о платежах и переводах денег принят ранее Особенной частью ГК, и он не учитывает введенные Особенной частью ГК особенности правового регулирования банковского счета и банковского вклада. В соответствии с Особенной частью ГК по договору банковского вклада банк обязуется принять деньги во вклад, выплатить предусмотренное договором вознаграждение и вернуть вклад вкладчику. Банк не обязан производить расчеты со вклада по распоряжению клиента, как это ранее предусматривалось Основами гражданского законодательства. Именно отсутствие в договоре банковского вклада обязанности банка по производству расчетов по распоряжению клиента и является существенным различием между этим договором и договором банковского счета. Это различие обусловлено различными экономическими целями этих двух договоров. По договору банковского счета клиент помещает в банк деньги под условием распоряжения этими деньгами по собственному усмотрению, в том числе и путем выдачи банку распоряжения о перечислении денег третьим лицам, которое банк обязан немедленно выполнить. По договору же банковского вклада клиент размещает деньги в банке преимущественно с целью получения вознаграждения и очень редко для других целей (например, в качестве обеспечения). По договору банковского вклада клиент передает в распоряжение банка определенную сумму денег под условием их возврата по истечении определенного срока или наступления определенного события, а также получения вознаграждения от банка за предоставление денег в его пользование. Императивные правила о безусловном праве клиента на досрочный возврат срочного вклада либо возврат условного вклада до наступления предусмотренного договором условия не меняет сущности договора банковского вклада и является ограничением свободы договора в публичных интересах защиты прав вкладчика в отдельных случаях, например, в случае банкротства банка либо потери клиентом доверия в платежеспособности или добросовестности банка.

Аналогичное, используемое в Законе о платежах и переводах денег, понятие "банковского счета" используется в Инструкции о порядке открытия, ведения и закрытия банковских счетов клиентов в банках Республики Казахстан № 266. В Инструкции № 266 при употреблении термина "банковский счет" также имеется в виду отдельный способ учета требований клиента к банку по договорам банковского счета и банковского вклада и порядок оформления такого способа. При этом в ней не производится фактически различий по способу оформления учета требований по договору банковского счета и по договору банковского вклада, так как фактически и для договора банковского счета, и для договора банковского вклада предусмотрен тот же существенный перечень предоставляемых документов, установлен идентичный механизм производства учета. Единственное различие заключается в наименовании банковского счета по договору банковского счета и по договору банковского вклада. Банковский счет, на основании которого ведется учет денег по договору банковского счета, называется текущим. Банковский счет, на основании которого ведется учет денег по договору банковского вклада, называется сберегательным.

Понятие "банковский счет" применяется и в Налоговом кодексе. В подпункте 9) п. 1 ст. 16 Налогового кодекса предусмотрено право налоговых служб на получение от банков или организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций, сведений о наличии и номерах его банковских счетов налогоплательщиков - юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, по вопросам, связанным с налогообложением. В подпункте 6) п. 2 ст. 31 Налогового кодекса предусмотрен порядок и сроки направления уведомления об обращении взыскания на деньги на банковских счетах дебиторов. В пункте 1 ст. 40 Налогового кодекса предусмотрен возврат излишне уплаченных сумм налога на банковские счета налогоплательщика. В подпункте 2) ст. 45 Налогового кодекса предусмотрено право налоговых служб на приостановление расходных операций налогоплательщика как способ обеспечения исполнения не выполненных в срок налоговых обязательств. В п. 4 ст. 46 Налогового кодекса предусмотрена ответственность банков за несоблюдение очередности списания банковских счетов сумм налогов и других обязательных платежей, штрафов, а также за задержку перечисления списанных с банковских счетов налогоплательщиков сумм налогов и других обязательных платежей на счет Казначейства Министерства финансов Республики Казахстан. Статья 47 Налогового кодекса посвящена порядку приостановления расходных операций по банковским счетам налогоплательщика. Подпункты 1) и 3) ст. 49, ст. 50 и 52 Налогового кодекса посвящены правам налоговых служб на принудительное взыскание налоговой задолженности с банковских счетов налогоплательщика и его дебиторов и порядку осуществления такого взыскания. В то же время Налоговый кодекс не дает определения понятия "банковский счет". В этой ситуации основной проблемой является определение используемого в Налоговом кодексе понятия "банковского счета" с учетом противоречий, возникающих с различным определением этого понятия Гражданским кодексом, с одной стороны, и Законом о платежах и переводах денег и Инструкцией № 266, с другой стороны не давая определения понятия "банковский счет".

В связи с этим необходимо отметить, что под понятием "банковский счет", используемым в Налоговом кодексе, необходимо понимать гражданско-правовое обязательство банковского счета и основание его возникновения в виде договора банковского счета, определение которых дано в ГК. Это обусловливается тем, что в Налоговом кодексе предусматриваются императивные административные требования к банкам при осуществлении ими предпринимательской деятельности по оказанию банковских услуг, то есть при их взаимоотношениях со своими клиентами. В соответствии с п. 3 ст. 3 ГК отношения между банками и их клиентами регулируются гражданским законодательством, а не законодательными актами, регулирующими банковскую деятельность, к которым относится Закон о платежах и переводах денег. Приоритет законодательных актов, регулирующих банковскую деятельность, установлен только для регулирования отношений, связанных с созданием, реорганизацией, банкротством и ликвидацией банков, контролем за банковской деятельностью и ее

аудиторской проверкой, осуществляемым Национальным банком (как уполномоченным органом за контролем и надзором за банковской деятельностью в Республике Казахстан), а также лицензированием отдельных видов банковских операций. Открытие банковского счета, как элемента договора банковского счета по ведению учета денег клиента в связи с заключенным договором банковского счета (учет поступивших от клиента или от третьих лиц в пользу клиента денег, учет денег, выданных клиенту или перечисленных по распоряжению клиента третьим лицам, учет денег, изъятых в пользу третьих лиц в предусмотренных законодательными актами случаях и т. д.), не подпадает под основания, по которым отдается приоритет законодательным актам, регулирующим банковскую деятельность.

Возможно, что до принятия Особенной части ГК под определением "банковский счет", используемым в ранее действовавшем Законе о налогах и других обязательных платежах в бюджет, понималось значение, вытекающее из Закона о платежах и переводах денег. Это можно объяснить только отсутствием в гражданском законодательстве легального определения понятия "банковский счет". В то же время принятие Особенной части ГК, в соответствии с которым дается правовое регулирование договора банковского счета, обуславливает применение в Налоговом кодексе определения "банковский счет" в смысле гражданскоправового обязательства и исключительно только в отношении деятельности банков при заключении договора банковского счета. В связи с этим необходимо также отметить, что нормы статьи 50 и 52 Налогового кодекса невозможно применить к договору банковского вклада несмотря на то, что согласно Закону о платежах и переводе денег и банковским инструкциям банки должны организовать и вести особый учет денег, поступающих по договорам банковского вклада и договорам банковского счета, и этот способ учета имеет в Законе о платежах и переводах денег название "банковский счет". В соответствии с правовым регулированием банковского вклада, предусмотренного ГК, банк не должен открывать банковский счет для отражения на нем количества денег клиента, так как эти деньги, помещенные во вклад, поступают на время вклада в распоряжение банка, и они не являются деньгами клиента. Поэтому нельзя согласиться с некоторыми высказываниями казахстанских исследователей банковского счета, что по договору банковского вклада предполагается существование банковского счета, аналогичного банковскому счету, открываемому в связи с исполнением договора банковского счета⁸⁸.
334 Сущность "банковского счета", который должен вестись в соответствии с Законом о платежах и переводах денег в отношении договора банковского вклада, заключается в учете денег, поступивших в распоряжение банка от клиента. И такой учет имеет значение только для регулирования возврата этих денег клиенту и для начисления вознаграждения по ним, но этот банковский счет не имеет ничего общего

⁸⁸ См., например: *Карагузов Ф.С.* О правовой природе банковского счета // В кн.: Гражданское законодательство Республики Казахстан. Выпуск 10. Ал-маты/ГОО Баспа, 2001. С. 74. 372

с банковским счетом, открываемым по договору банковского счета, в соответствии с которым производится учет денег клиента, находящихся в банке.

Другим основным проблемным вопросом, связанным не только с договором банковского счета, но и со многими иными банковскими договорами, является определение **прав банка и клиента на деньги**, являющиеся предметом договорных отношений. Особенно остро этот вопрос стоит при регулировании договора банковского счета, так как все деньги клиента, находящиеся в банке в связи с исполнением договора банковского счета, являются безналичными.

В отношении исследуемого вопроса в юридической литературе существует широкий диапазон мнений: от признания права собственности банка на деньги, переданные ему клиентом по договору банковского счета, а также наличия при этом обязательственного права требования у клиента к банку⁸⁹, либо признания права собственности клиента по договору банковского счета на переданные банку деньги", до полного отрицания какого-либо права собственности на эти деньги как у банка, так и у клиента³.

Для рассмотрения вопроса прав банка и клиента на деньги, находящиеся в банке в связи с исполнением договора банковского счета, необходимо рассмотреть вопрос, что же собой представляют сами **деньги**. Одним из безусловных, с нашей точки зрения, является определение наличных денег в качестве одной из разновидностей вещей. При этом деньги являются особой разновидностью вещей хотя бы потому, что их стоимость при обращении в имущественном обороте не связана со стоимостью материала, из которого она изготовлена, либо с ее потребительской стоимостью на рынке. Стоимость наличных денег как вещи - отдельной банкноты или монеты, связана с нарицательной стоимостью, обозначенной на ней - номиналом. К тому же деньги, как вещи, имеют и иную стоимость - себестоимость, как затраты на изготовление и стоимость материала, из которого она произведена. Но для обращения наличных денег в имущественном обороте имеет значение не их себестоимость, а нарицательная стоимость отдельной банкноты или монеты. В ряде случаев себестоимость наличных денег может превышать нарицательную стоимость, либо себестоимость равных по нарицательной стоимости денег банкнот или монет различного номинала может быть различной. Вспомним хотя бы мелкие купюры банкнот, затраты на производство которых вследствие инфляционных процессов могут превышать их нарицательную стоимость, либо монеты (например, монеты более раннего периода - 50-тиймовые монеты, находящиеся пока в обращении), стоимость содержащегося в которых металла может превышать их нарицательный номинал.

Клиент, передав наличные деньги банку, **теряет право собственности** на них, приобретая взамен право требования к банку, а банк получая наличные деньги, приобретает право собственности и становится обязанным лицом по отношению права требования клиента. В то же время банк, получив наличные деньги, не всегда их хранит у себя в кассе. Часть денег выдается клиентам по их требованию, при этом право собственности приобретает получателем наличных денег. Часть денег может быть передана

⁸⁹ См., например: Луиц Л. А. Деньги и денежное обязательство в гражданском праве. М.: Статут, 1999. С. 291;

банку-корреспонденту (то есть банку, в котором открыт корреспондентский счет), при этом право собственности на наличные деньги получает банк-корреспондент, а банк-респондент (то есть банк, который открыл корреспондентский счет) получает право требования к банку-корреспонденту, которое отражается по корреспондентскому счету. Следовательно, в отношении наличных денег всегда существует право собственности, которое принадлежит лицу, у которого во владении находятся деньги.

В отношении же **безналичных денег** ни у клиента, ни у банка не имеется прав собственности, так как безналичные деньги представляют собой только лишь определенный способ **фиксации прав требования клиента к банку**. Фиксация прав требования существует не только по договору банковского счета, и не только по банковским договорам. Аналогичная система фиксации прав существует, например, у товарных складов, осуществляющих хранение товаров с обезличиванием. При этом склад учитывает количество и род товаров, сданных на хранение, ведет учет поступивших на имя поклажедателя новых товаров того же рода либо учет части выданного товара, уступленного третьим лицам, и т. д..

Природа безналичных денег, существующих в виде определенной фиксации прав требования при исполнении договора банковского счета (к которому безусловно относится и договор корреспондентского счета банка) по учету денег на счетах клиентов, неразрывно связано с налично-денежным обращением. Безналичные деньги исторически возникли еще во времена металлического содержания денег, когда в виду сложности хранения монет они помещались в банк, что приводило к праву собственности банка на эти монеты и возникновению прав требования клиента к банку, которые фиксировались в виде записи по его счету в банке в специальных банковских книгах и являлись прообразом современных безналичных денег. Безналичные деньги изначально по своей сущности представляли собой лишь "фикцию" - определенный способ фиксации прав требования клиента к банку, они никогда не существовали в материальной форме, на них изначально не было и не могло быть никакого права собственности. В свою очередь, появление "безналичных" денег стало основой для появления бумажных денег - банкнот, которые первоначально представляли собой документ на предъявителя, удостоверяющий право требования денег из банка, а впоследствии, при помощи которых выдавались кредиты одним клиентам банка за счет денег, сданных на хранение в банк другими клиентами⁹⁰.

Использование банками впоследствии находящихся на хранении денег для кредитования третьих лиц и привлечение денег во вклады на платной основе для увеличения своих кредитных ресурсов способствовали росту объема безналичных денег. Способствовали расширению объема безналичных денег и эволюционное развитие банковской деятельности в виде интеграции банков в банковскую систему, развитие системы безналичных расчетов, установление широкой сети банковских корреспондентских отношений и появление банковских технологий по

⁹⁰ См., об этом, например: *Черняк В.З.* Банки и банкиры. М.: Финансы и статистика, 1998. С. 61-62.

переводу прав требования к банку от одного клиента к другому, экономический результат от применения которых ничем фактически не отличался от результата при осуществлении наличных расчетов. При этом весь объем безналичных денег изначально обеспечивался эмиссией такого же объема наличных денег.

Несмотря на денежную эволюцию от денег с металлическим содержанием до современных бумажных денег в виде средства платежа (кредитных денег), в настоящее время природа безналичных денег существенно не отличается от безналичных денег, существовавших при металлическом содержании денег. В принципе, весь объем безналичных денег должен быть обеспечен объемом эмиссии наличных денег. Это обуславливается сущностью договора банковского счета, в соответствии с которым банк не вправе отказать в выдаче наличных денег по требованию клиента. В свою очередь, Центральный банк страны либо иной орган, осуществляющий эмиссию наличных денег, обязан по требованию любого банка предоставить необходимый объем наличных денег, который испрашивается банком для выполнения требований своих клиентов. В то же время на практике, при нормально функционирующей банковской системе и ввиду определенных неудобств для осуществления наличных расчетов, развития банковских услуг по производству безналичных расчетов и привлекательности безналичных расчетов по сравнению с наличными, потребность в наличных деньгах стала значительно меньше всего объема денежной массы. К тому же банковское обслуживание производства безналичных расчетов значительно дешевле обслуживания налично-денежного обращения, связанного с кассовыми, инкассаторскими и иными операциями и соответствующими издержками. Все это способствовало развитию безналичного денежного обращения и, следовательно, к отсутствию необходимости в эмиссии наличных денег, соответствующей всему объему денежной массы. Как правило, эмиссия наличных денег производится в объемах, необходимых для налично-денежного оборота, так как сама эмиссия наличных денег, в связи с высокими требованиями к защите банкнот и монет от подделок, весьма дорогостоящая процедура. Поэтому отсутствие полного покрытия безналичных денег эмиссией наличных денежных знаков продиктовано публичными экономическими и финансовыми требованиями организации денежной системы и денежного оборота, и эти вопросы остаются вне сферы регулирования и действия гражданского права. Для гражданского права безналичные и наличные деньги имеют значение в качестве имущества, вовлеченного в гражданский оборот и представленного в виде прав требования или предметов материального мира - вещей.

Но вне зависимости от объема эмиссии наличных денег по сравнению с объемом всей денежной массы, необходимо отметить, что при рассмотрении прав банка и клиента на деньги нужно **разграничивать права на наличные и безналичные деньги**. При этом право собственности возможно только на наличные деньги, а на безналичные деньги как результат фиксации прав требования клиента к банку (или наоборот) не может быть никакого права собственности в связи с тем, что они относятся к "бестелесному" имуществу, на которое вообще не может быть права собственности.

Предмет и условия договора банковского счета. Договор является юридическим фактом и основанием возникновения обязательственного правоотношения. К обязанностям банка по договору относятся обязанности банка по совершению определенных действий, к которым относятся принятие денег, поступающих в пользу клиента, выполнение распоряжений клиента о переводе денег третьему лицу, то есть производство расчетов, выдача клиенту или по его распоряжению третьим лицам наличных денег и совершение иных действий по оказанию других услуг, предусмотренных договором.

Хотя в определении договора банковского счета прямо ничего не говорится **об обязанности банка по ведению учета поступающих и убывающих денег клиента** в ходе исполнения договора банковского счета, все же необходимо его упомянуть в качестве действий банка, как обязанного лица, которое также относится к объекту обязательства банковского счета. Обязанность банка по ведению такого учета 376 традиционно обозначалась как обязанность по ведению банковского счета клиента - зачисление на счет клиента поступающих денег, списание со счета клиента денег по его распоряжению, выдача клиенту выписок о состоянии счета и т. д. Определение договора банковского счета, данное в ГК, отличается от традиционно принятого и применявшегося раньше в законодательстве⁹¹ тем, что в нем не имеется никакого упоминания о банковском счете. В то же время в иных нормах статей ГК, посвященных договору банковского обслуживания или договору банковского счета, имеются либо обязанности по присвоению клиенту индивидуального идентификационного кода для целей учета (часть 2 п.1 ст. 747 ГК), либо правила о ведении учета денег клиента (подпункт 6) п.1 и п. 2 ст. 750 ГК), либо правила об операциях со счетом клиента (п. 3 ст. 739 ГК). Например, правила об обязанности банка по учету денег клиента закреплены в п. 2 ст. 750 ГК, в соответствии с которым банк обязан вести учет поступающих и изымаемых (выдаваемых) денег клиента путем отражения таких операций по индивидуальному идентификационному коду клиента. Обязанность банка по учету денег клиента вытекает также и из содержания подпункта 6) пункта 1 ст. 750 ГК, в соответствии с которым банк обязан по требованию клиента предоставить информацию о сумме денег клиента в банке и о произведенных операциях по зачислению, выдаче и перечислению денег. Поэтому в качестве обязанностей банка по договору банковского счета, относящихся к объекту обязательства, необходимо определять и обязанности по ведению учета денег клиента, которые традиционно в банковской практике и в юридической литературе (в юридических исследованиях) о банковской деятельности именуется обязанностью банка по ведению банковского счета, а сам способ учета называется "банковским счетом".

Необходимость ведения учета обуславливает также обязанность банка по предоставлению информации клиенту о сумме денег в банке и произведенных операциях, включая зачисление поступающих в пользу клиента денег, выдачу денег клиенту или третьим лицам, выполнение распоряжений клиента о производстве расчетов и т.д. Практически

⁹¹ Например, в определении договора банковского счета в соответствии со ст. 110 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик.

предоставление информации осуществляется путем периодического предоставления клиенту выписок о производстве операций по банковскому счету.

Необходимо при определении действий банка по учету денег клиента также остановиться на понятии индивидуального идентификационного кода. По договору банковского счета банк обязан присвоить клиенту для учета его денег индивидуальный идентификационный код. В связи с отказом в определении договора банковского счета от применения термина "банковский счет" для целей идентификации клиента в законодательство введен новый термин - индивидуальный идентификационный код. Фактически индивидуальный идентификационный код представляет собой номер банковского счета, как определенного способа учета денег клиента, по которому производится данный учет. Традиционно же для обозначения такого счета в банковской практике применялся термин "номер банковского счета", а точнее - "номер расчетного счета", "номер текущего счета", и поэтому под термином "индивидуальный идентификационный код" необходимо понимать то, что ранее назвалось номером расчетного или текущего счета клиента. При заключении определенным клиентом нескольких договоров банковского счета в различных банках или даже в одном и том же банке, ему присваивается отдельный индивидуальный идентификационный код по каждому заключенному договору банковского счета.

В соответствии с частью 2 п. 1 ст. 747 ГК порядок присвоения, аннулирования индивидуального идентификационного кода клиента, ведение банком учета денег клиента определяется банковским законодательством. Основным нормативным правовым актом, определяющим порядок присвоения, аннулирования индивидуального идентификационного кода клиента, ведение банком учета денег клиента, является Инструкция № 266. Указанной Инструкцией определен перечень документов, необходимых для представления клиентом в банк, для присвоения ему индивидуального идентификационного кода, а также определен порядок учета денег клиента, при этом сам способ ведения учета в Инструкции № 266 традиционно именуется банковским счетом.

Помимо указанного, объектом обязательства банковского счета могут быть по соглашению сторон любые действия банка. Например: договором банковского счета могут предусматриваться условия кредитования счета по принципу овердрафта, то есть предоставление банком клиенту возможности использования денег в определенных пределах сверх остатка на счете, при котором превышение предоставляется банком в виде кредита на оговоренных договором банковского счета условиях (определенного размера вознаграждения за пользование кредитом, срока пользования кредитом и т. д.); обязанности банка по предоставлению клиенту кредита в определенном размере по его первому требованию (так называемый "онкольный" кредит) на условиях, определенных договором банковского счета, а также любые иные условия по соглашению сторон. В частности, кредитование "овердрафт" предусмотрено в отношении корреспондентских счетов банков, открываемых в Национальном банке Республики Казахстан, на случай недостаточности средств у банка по корреспондентскому счету для

выполнения всех распоряжений клиентов о производстве платежей (при так называемом "дебетовом сальдо" по корреспондентскому счету). Условия "овердрафт" допускаются в ряде банков Казахстана по карт-счетам электронных пластиковых карточек, которыми допускается определенное превышение счета.

Ранее, на определенных этапах развития банковского законодательства Казахстана, имелись ограничения на количество банковских счетов, которые вправе был открыть клиент. Как правило, разрешалось иметь только один банковский счет в одном банке с правом открытия в разрешительном порядке субсчета в другом (например, для филиала, представительства). В настоящее время каких-либо ограничений на количество банковских счетов в одном банке, либо на возможность заключения одновременно договоров банковского счета с несколькими банками не имеется. В соответствии с п. 2 ст. 747 ГК юридические лица и граждане вправе самостоятельно выбирать банки для обслуживания и вправе заключать договоры банковского счета как с одним, так и с несколькими банками. Каких-либо количественных ограничений на возможность заключения договоров банковского счета с несколькими банками не имеется, и клиент имеет возможность заключить договор банковского счета и иметь банковские счета в различных банках в неограниченном количестве. Мало того, в соответствии с Инструкцией № 266 клиент вправе заключить несколько договоров банковского счета с одним банком и иметь, соответственно, несколько банковских счетов в одном банке. При этом каждый отдельный договор банковского счета может содержать условия, определяющие особый режим операций с деньгами клиента. Например, банковский счет может быть открыт для зачисления денег по результатам деятельности отдельного подразделения клиента, при этом клиент вправе назначить определенных должностных лиц, уполномоченных распоряжаться по данному банковскому счету. Отдельный банковский счет может быть открыт в соответствии с условиями договора клиента со своими контрагентами для аккумуляции денег по другим договорам клиента для обеспечения исполнения обязательств перед определенным кредитором (например, для погашения банковского кредита, покрытия суммы аккредитива и т.д.).

Статьи 747-753 ГК не содержат существенных условий договора, предписанных законодательством или необходимых для договора банковского счета. Эти условия предусмотрены банковским законодательством, а именно, Инструкцией № 266. В соответствии с пунк-

379

том 9 Инструкции № 266 договор банковского счета должен содержать: указание о предмете договора; сведения о регистрационном номере налогоплательщика-клиента, подтвержденный документом, выданным органом налоговой службы, за исключением случаев, когда представление такого документа при открытии банковского счета не требуется (например, при открытии второго банковского счета в том же банке); порядок распоряжения деньгами, находящимися в банке; условия оказания банком услуг и порядок их оплаты. Помимо предусмотренных законодательством условий, к существенным условиям договора банковского счета относятся также любые условия,

относительно которых по заявлению одной из сторон, как банка, так и клиента, должно быть достигнуто соглашение.

Договор банковского счета является **консенсуальным**. Возникновение прав и обязанностей по договору не связано с внесением клиентом денежных средств в банк или совершением каких-либо иных действий⁹². Права и обязанности сторон возникают по договору банковского счета с момента заключения. Поэтому возможна ситуация, когда при наличии заключенного договора банковского счета у клиента отсутствуют деньги в банке. Но отсутствие денег никак не влияет на действительность договора банковского счета, так как банк обязан после заключения договора принять любые деньги, поступившие в пользу клиента, а также оказывать все иные услуги, предусмотренные договором банковского счета и не связанные непосредственно с наличием или отсутствием денег клиента на банковском счете, например, принять к исполнению выписанное клиентом инкассовое распоряжение, выдать банковскую гарантию и т.д. Отсутствие денег никак не превращает договор банковского счета в предварительный договор по открытию банковского счета либо в предварительный договор по осуществлению расчетов.

В то же время необходимо отметить, что, помимо требований ГК к порядку заключения договора банковского счета, банковским законодательством, а именно - Инструкцией № 266, предусмотрено предоставление клиентом **определенного перечня документов для открытия банковского счета**, связанных либо с идентификацией лиц, уполномоченных распоряжаться деньгами (карточка с образцами подписей уполномоченных лиц), либо с определением правоспособности лица на открытие банковского счета (подтверждение государственной регистрации и копии учредительных документов, а для го-

сударственных учреждений, финансируемых из бюджета - разрешение Министерства финансов на открытие счета в банке), либо с подтверждением постановления на учет в налоговых органах (документ установленного образца, выдаваемый налоговой службой).

Каково же значение предоставления указанных документов для заключения договора банковского счета? Как правило, на практике договор банковского счета не подписывается со стороны банка до предоставления этих документов. В то же время если даже договор будет подписан банком до получения указанных документов, без их предоставления банк вправе не исполнять свои обязанности по договору банковского счета, так как предоставление документов является обязанностью клиента по договору банковского счета, и в соответствии с п 2 ст. 284 ГК неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств одной стороной освобождает другую сторону от исполнения взаимных обязанностей. То есть для исполнения договора банковского счета необходимо предоставление всех указанных документов, так как они связаны с такими условиями договора, как ведение учета денег клиента (который относится к объекту обязательства), порядком

⁹² См. например: *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 36. 380

распоряжения деньгами, находящимися в банке (который относится к условию, предписанному законодательством) и подтверждением сведений о постановке клиента на налоговый учет (который предписывается публичными нормами финансового права), а также в связи с тем, что эти обязанности в императивном порядке предусмотрены законодательством.

Договор банковского счета является бессрочным, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением сторон. Как правило, срочными договорами банковского счета являются специальные договоры по счетам, открытым дополнительно к основному в одном и том же банке для достижения каких-то определенных целей, например, для аккумуляции денег для расчетов с определенным контрагентом клиента (погашение кредитного договора, обеспечение исполнения расчетов по торговым сделкам и т. д.), надобность в которых по достижении цели отпадает.

Договор банковского счета может быть возмездным или безвозмездным. Как правило, в целях привлечения клиентов в связи с высокой степенью конкуренции в банковской сфере банки не берут плату за открытие и ведение банковского счета в связи с заключением договора банковского счета, которые охватываются такими действиями банка, как принятие денег, поступающих в пользу клиента, выполнение распоряжений клиента по осуществлению общепринятых форм расчетов (расчеты платежными поручениями, инкассовыми распоряжениями, платежными требованиями), инкассация и выдача

наличных денег. Привлечение большего числа клиентов и увеличение суммы денег на банковских счетах клиентов увеличивает кредитные возможности и кредитные ресурсы банка, так как он вправе в соответствии с п. 3 ст. 739 ГК использовать деньги клиента на банковском счете, в том числе и для кредитования, гарантируя при этом право клиента беспрепятственно распоряжаться своими деньгами. Но при этом возможность использования денег клиента, по нашему мнению, отнести к плате клиента по договору банковского счета никак нельзя. В то же время договором банковского счета может быть предусмотрена оплата банку за банковские услуги. Плата может устанавливаться по соглашению сторон за любые действия, в том числе и за открытие банковского счета, производство расчетов, за инкассацию и выдачу денег и т.д. Как правило, плата устанавливается за всевозможные услуги банка по кредитованию клиента в рамках исполнения договора банковского счета - за овердрафт, за овервольные кредиты, а также за иные услуги, оказываемые дополнительно к основным, предусмотренным общим определением договора банковского счета, например, за выдачу банковских гарантий, выдачу банковского займа, осуществление аккредитивных расчетов, осуществление электронных платежей, конвертацию денег в иностранную валюту и т. д..

Условиями договора банковского счета может предусматриваться также и плата банка за пользование деньгами клиента, находящимися на банковском счете. Как правило, на практике договором банковского счета не предусматривается выплата банком клиенту вознаграждения за пользование деньгами, находящимися в банке. За редким исключением в отдельных банках Казахстана предусматривается выплата небольшого вознаграждения (аналогичного уровню вознаграждения по вкладу до востребования) при определенном неснижаемом в течение длительного периода времени (как правило, в течение года) остатке денег (как правило, значительном остатке, соразмерном нескольким миллионам тенге) на банковском счете. Хотя, возможно, в ходе развития банковского дела в Казахстане в целях привлечения клиентов и в результате ужесточения конкуренции выплата вознаграждения на остаток денег, находящийся в банке в соответствии с договором банковского счета, получит большее распространение.

В связи с прямым указанием об этом законодательного акта договор банковского счета, как и большинство предпринимательских договоров, должен быть заключен в письменной форме, как путем составления и подписания банком и клиентом единого письменного документа, в котором предусматриваются права и обязанности сторон³⁴ так и путем применения договора присоединения, при котором условия договора банковского счета определяются банком в формулах и других стандартных формах (Правилах, стандартном договоре банковского счета), а клиент присоединяется к предложенному дого-

У в целом путем предъявления письменного заявления об открытии банковского счета Ранее в банковской практике широко использовался механизм договора присоединения, когда условия договора банковского счета закреплялись в инструкции Госбанка либо в Правилах отдельного банка, а клиент присоединялся к этим условиям на

основании заявления об открытии банковского счета, в котором вы- пажалось согласие на предложенные условия. В последнее время в банковской практике Казахстана распространенным способом оформления отношений между клиентом и банком стало подписание единого документа - двухстороннего договора банковского счета (как правило, стандартной формы, разработанной самим банком), которым определяются все или большинство предусмотренных соглашением прав и обязанностей сторон. Несоблюдение простой письменной формы договора банковского счета влечет его недействительность (ст. 748 ГК).

Особенностью правового положения клиента по договору Оанков-ского счета является безусловное право клиента по распоряжению деньгами, находящимися в банке. Банк не вправе определять или контролировать направление использования денег клиентом и устанавливать какие-либо ограничения в распоряжении деньгами клиентом не предусмотренные законодательством или договором банковского счета. Например, ст. 742 ГК определен порядок очередности изъятия денег клиента, в том числе специальный порядок при недостаточности денег для удовлетворения всех предъявленных клиенту требований. В то же время по соглашению сторон в договоре могут быть установлены какие-то дополнительные ограничения, которые банк, как сторона договора, должен контролировать, либо договором могут быть установлены условия и порядок определения банком направления использования денег клиента. Например, договором может быть предусмотрено право банка на первоочередное взыскание со счета клиента вознаграждения по договору банковского счета, либо периодическое перечисление определенных сумм денег для погашения банковских займов клиента, обязанность банка по размещению определенных сумм остатка денег на счете в банковские вклады, конвертации поступающей в пользу клиента иностранной валюты в национальную и т. д..

Порядок оформления прав лиц, уполномоченных распоряжаться деньгами, находящимися в банке. В соответствии с договором банковского счета правом распоряжения деньгами наделяется, по общему правилу, лицо, заключившее договор. Если договор заключен гражданином, то правом распоряжения деньгами пользуется сам гражданин либо лицо, которому он доверил это право. Инструкцией № 266 более подробно регламентирована процедура оформления прав лица, уполномоченного распоряжаться деньгами, находящимися на банковском счете (то есть деньгами, находящимися в банке в связи с исполнением договора банковского счета). Для оформления прав лица, уполномоченного распоряжаться деньгами, клиент обязан предоставить в банк документ установленного образца - карточку с образцами подписей, форма которого дается в виде приложения к Инструкции № 266. При помощи данной карточки клиент вправе оформить права третьего лица, которому он доверил распоряжаться деньгами[^] находящимися на банковском счете. Как правило, образцы подписей удостоверяются нотариально. Помимо этого, образцы подписей могут удостоверяться специальным работником банка. В случае выдачи временного права распоряжения счетом образцы подписей могут удостоверяться клиентом при личном присутствии в банке. Возможность оформления прав лица, которому клиент доверил распоряжаться деньгами, при помощи специального документа - карточки образцов подписи - без выдачи отдельной доверенности в соответствии со ст. ст. 163-171 ГК вытекает из норм п. 8 ст. 167 ГК, в соответствии с которым порядок выдачи и форма доверенности на совершение операций в банке может определяться специальными правилами, которыми в данном случае являются нормы Инструкции № 266 о порядке оформления карточки с образцами подписей. Поэтому в случае, когда правом распоряжения деньгами наделяется лицо, не являющееся стороной договора, карточка образцов подписей должна признаваться особой формой доверенности, предусмотренной специальными правилами проведения операций в банке. Гражданин вправе в установленном законодательством порядке уполномочить третье лицо на основе доверенности, оформленной в соответствии со ст. ст. 163-171 ГК, распоряжаться своими деньгами. Но и в этом случае третье лицо, распоряжающееся деньгами на основе доверенности, будет обязано предоставить в банк надлежаще оформленную карточку с образцами подписей в соответствии с требованиями Инструкции № 266.

Если договор банковского счета заключен юридическим лицом, то правом распоряжения деньгами пользуется руководитель юридического лица или другие уполномоченные им лица. Для оформления прав лиц, уполномоченных распоряжаться деньгами юридического лица, клиент обязан предоставить в банк документ установленного образца - карточку с образцами подписей и оттиска печати, форма которого также дается в виде приложения к Инструкции № 266. По карточке образцов подписей и оттиска печати предусматриваются права подписи двух уровней - первой и второй подписи, каждая из которых может быть представлена несколькими образцами подписей одновременно. Необходимость подписей двух уровней

для распоряжения деньгами, находящимися в банке, обусловлена разделением функций между отдельными должностными лицами юридического лица. Например, необходимость подписей второго уровня - "второй подписи", обусловлена закреплением функции учета имущества, в том числе денег, за бухгалтерией и ответственностью руководителя этого подразделения - главного бухгалтера, директора по финансам и т. д. - за деятельность подразделения в целом. Право первой подписи имеет, как правило, первый руководитель юридического лица, но такое право может быть также предоставлено другим лицам, например, заместителю. Полномочия лиц, которые наделяются первой и второй подписями, определяются на основании учредительных документов, либо приказов руководителей соответствующих юридических лиц. В исключительных случаях, при отсутствии в штате юридического лица, филиала или представительства лиц, которым может быть предоставлено право второй подписи, карточки образцов подписи и оттиска печати принимаются банком с образцом только первой подписи, о чем в карточке делается соответствующая запись.

В документах с образцами подписей и оттиска печати должен быть образец оттиска основной печати юридического лица, филиала или представительства юридического лица. Запрещается принимать образцы оттиска печатей, предназначенных для специальных целей ("отдел кадров", "для пакета" и других).

В случае открытия банковского счета юридическому лицу- нерезиденту Республики Казахстан, их филиалам и представительствам, у которых отсутствует печать вследствие специфики законодательства страны происхождения таких юридических лиц, карточка образцов подписей принимается банком без оттиска печати.

Как правило, подписи и оттиск печати в карточке образцов подписей и оттиска печати удостоверяется нотариально или иными способами, которые в соответствии с законодательством приравниваются к нотариальному удостоверению. В населенных пунктах, где отсутствуют нотариусы, подписи лиц, внесенных в документ с образцами подписей и оттиска печати, удостоверяются местным органом исполнительной власти. Также по усмотрению банка допускается удостоверение документа с образцами подписей и оттиска печати уполномоченным лицом банка, за исключением случая временного предоставления клиентом права подписи третьему лицу. В случае временного предоставления клиентом права подписи другому лицу (например, права первой подписи или права второй подписи) оформляется временный документ с соответствующими образцами подписей, который может быть удостоверен нотариально либо лично клиентом.

Законодательство не устанавливает количество карточек образцов подписи, предоставляемых гражданином, или карточек образцов подписи и оттиска печати, предоставляемых юридическим лицом, при заключении договора банковского счета и открытия банковского счета. Необходимое количество экземпляров документов с образцами подписей и оттиска печати, предоставляемых клиентом для открытия счета, определяется банком. При замене хотя бы одного образца подписи либо оттиска печати, в банк представляется новый документ с образцами

подписей и оттиска печати в количестве, установленном банком.

Особенности правового регулирования обязанностей банка по договору банковского счета. Как уже отмечалось, основными обязанностями банка по договору банковского счета являются: принятие безналичных денег, поступающих в пользу клиента, то есть зачисление денег на банковский счет клиента; выполнение распоряжений клиента о переводе денег третьим лицам либо в определенных законодательством случаях перевод денег в пользу третьих лиц без согласия клиента, то есть осуществление расчетов; выдача наличных денег клиенту или по его распоряжению третьим лицам, а также получение наличных денег, поступающих в пользу клиента, то есть осуществление кассовых операций. Помимо этого обязанностями банка, относящихся более к организационным, чем к договорным, являются обязанности банка по обеспечению наличия денег при предъявлении требований клиента, а также обязанности банка по предоставлению по требованию клиента информации о сумме денег клиента в банке и произведенных операциях.

Помимо ГК, основные обязанности банка по договору банковского счета урегулированы иными нормативными правовыми актами, регулирующими банковскую деятельность.

Так, зачисление денег на банковский счет и осуществление расчетных операций регулируются Законом о платежах и переводах денег, а также рядом инструкций Национального банка, к которым относятся: Правила № 179, Правила № 37, Правила № 242, Правила № 428, Правила № 433, Правила проведения операций с документарными аккредитивами, Правила применения чеков.

Выдача наличных денег клиенту или по его распоряжению треть-

лицам, а также получение наличных денег, поступающих в пользу клиента, то есть осуществление кассовых операций, помимо положений ГК о договоре банковского счета урегулированы также Правилами 394, которыми детально урегулирована процедура совершения и оформления указанных действий банка, а также требования к техническому, кадровому оснащению банка при совершении кассовых операций.

Правовое регулирование платежных документов. Распоряжение клиента по производству платежей и осуществлению расчетов осуществляется, как правило, на основе определенного формализованного стандартного платежного документа. Основные положения правового регулирования наиболее распространенных платежных документов, таких, как платежное поручение, платежное требование-поручение, инкассовое распоряжение, чек, определяются Законом о платежах и переводах денег. В развитие положений этого Закона Правилами № 179 дается более подробное правовое регулирование и формы наиболее распространенных платежных документов, используемых в безналичных расчетах между контрагентами на территории Республики Казахстан. Формы платежных документов, указанные Правилами № 179, являются наиболее распространенными при безналичных расчетах на территории Республики Казахстан.

Платежным поручением признается документ определенной формы, содержащий распоряжение клиента о перечислении определенной суммы денег

третьему лицу. Платежное поручение должно содержать указание необходимых реквизитов клиента и третьего лица - получателя денег, предусмотренных его формой.

Платежное требование-поручение также является документом определенной формы, но в нем содержится требование об уплате денег, адресованное третьему лицу. Платежное требование-поручение **может** быть предъявлено для исполнения как обслуживающему банку лица, выдающего платежное требование-поручение (далее - инкассирующий банк), так и банку, непосредственно обслуживающему третье лицо (исполняющий банк). В первом случае инкассирующий банк предпринимает в соответствии с договором банковского счета необходимые действия по предъявлению платежного требования-поручения к исполнению в исполняющий банк. Исполняющий банк по получению платежного требования-поручения передает его, по **общему** правилу, своему клиенту для акцепта - дачи согласия на совершение платежа. При этом банковский клиент, которому **предъявлено** платежное требование-поручение, может его акцептовать, то есть дать согласие на оплату, либо дать мотивированный отказ в его

387

акцепте. В случае акцепта исполняющий банк исполняет платежное требование-поручение, аналогично исполнению платежного поручения, выдаваемого его клиентом. При акцепте платежного требования" поручения лицо, его выставившее, приобретает право требования и" полнения платежного требования-поручения наравне с клиентом и" полняющего банка. В случае отказа в акцепте исполняющий банк возвращает платежное требование-поручение без исполнения с указанием об отказе в акцепте и основаниях отказа.

Не требуется акцепт клиента исполняющего банка по платежному требованию-поручению, если оно предъявлено с приложением к нему документов, содержащих согласие лица, которому предъявляется требование об уплате денег, на безакцептное изъятие денег с его банковского счета, то есть уже содержит в себе акцепт плательщика. К документам, подтверждающим право на безакцептное взыскание денег, относятся, например, договор между взыскателем и лицом, которому предъявляется требование об уплате денег, содержащий право взыскателя на изъятие денег без согласия с банковского счета своего контрагента по договору, а также гарантия, ответ на претензию, частично или полностью признающий содержащиеся в претензии требования об уплате денег в письменном виде, и иные документы где также содержится право взыскателя по изъятию денег с банковского счета без согласия его владельца. При этом допускается приложение не оригинала документа, а нотариально удостоверенной копии.

Очень близко к платежному требованию-поручению по своему содержанию инкассовое распоряжение, которое представляет собой требование одного лица к банку третьего лица об уплате денег со счета этого третьего лица без какого-либо его согласия на это. В отличие от платежного требования-поручения, требующего акцепта плательщика на исполнение предъявленного требования об уплате денег и допускающего исполнение платежного требования-поручения лишь при наличии такого акцепта, инкассовое распоряжение не требует какого-либо акцепта плательщика. Но при этом инкассовое распоряжение может быть предъявлено только по основаниям, предусмотренным законодательными актами. К таким случаям, в соответствии со ст. 741 ГК, относится взыскание в принудительном порядке денег с банковского счета на основании вступившего в законную силу приговора или решения суда. Помимо этого, безакцептное взыскание денег допускается в случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. Например, в Законе Республики Казахстан от 30 июня 1998 года ⁰⁶ исполнительном производстве и статусе судебных документов, на основании которых производится принудительное взыскание имущества в 388 ¹ том числе денег, которое, как правило, производится в первую очередь за счет денег, в том числе и находящихся в банке. Одним из обязательных условий при оформлении инкассового распоряжения является ссылка на законодательный акт, предусматривающий право изъятия денег без согласия плательщика.

Особыми формами расчетных отношений являются расчеты чеками и аккредитивная форма расчетов. Чеком называется платежный документ, содержащий

письменный приказ чекодателя определенному банку, которым обычно выступает его обслуживающий банк, об уплате указанной в таком приказе суммы денег чекодержателю. Механизм расчетов чеками представляет собой выдачу одним лицом, должником по какому-то денежному обязательству и чекодателем по расчетам чеками, другому лицу, кредитору по этому денежному обязательству и чекополучателю по расчетам чеками, определенного формализованного документа - чека, в котором содержится денежное требование к банку, обязанному произвести платеж по предъявлению ему чека к оплате. Расчеты чеками урегулированы Законом о платежах и переводах денег, Правилами № 179 и Правилами применения чеков. Отношения между обслуживающим банком и его клиентом по расчетам последнего чеками оформляются либо отдельным договором об использовании чеков, порядок заключения и существенные условия которого предусмотрены Правилами применения чеков, либо условия таких расчетов могут содержаться в договоре банковского счета. Необходимо отметить, что расчеты чеками исторически не имеют широкого распространения в Казахстане. Однако в ряде стран, где расчеты чеками традиционно являются основными видами безналичных расчетов, например, в Англии и в США, техника расчетов чеками и снижения рисков от использования непокрытых чеков (путем системы гарантированных чеков) доведена до такой степени, что при расчетах чеками деньги зачисляются, как правило, на счет чекополучателя непосредственно после получения чека. Затем чек предъявляется в клиринговые чековые центры для получения от них платежа, а клиринговые чековые центры, в свою очередь, предъявляют чек банку плательщика уже после осуществления платежа банку чекополучателя. В связи с этим и в связи с запретом на начисление какого-либо вознаграждения по чеку в таких платежных системах возникает бесплатное кредитование платежной системой чекополучателя на срок от получения чека до предъявления чека к оплате в банк чекодателя, и в этих странах расчеты чеками являются даже выгодными для банковских клиентов.

Аккредитивная форма расчетов относится к такой особой разновидности способа осуществления платежей и переводов денег, как исполнение обязательства третьим лицом, и не относится к обязанностям банка по приему платежей от третьих лиц в пользу клиента и перечислению денег по распоряжению клиента. Аккредитивная форма расчетов не относится к выполнению распоряжений клиента о перечислении денег, так как аккредитив является обязательством банка по осуществлению платежа при предъявлении определенных документов, доказывающих исполнение обязательств одной стороны, или, при особой разновидности аккредитива - резервного аккредитива, по предъявлению одного лишь требования об уплате денег. Аккредитивная форма расчетов является особой услугой банка, оказываемой по соглашению между клиентом и его обслуживающим банком, которая может быть оформлена в виде самостоятельного договора об открытии аккредитива либо содержаться в условиях договора банковского счета в качестве "других" услуг, оказываемых банком помимо предусмотренных в определении договора банковского счета. Сущность аккредитивной формы расчетов заключается в обеспечении исполнения денежного обязательства, которое достигается установлением

дополнительного солидарного обязательства третьего лица - банка на основании сделки, обособленной от обеспечиваемого обязательства должника.

В Законе о платежах и переводах денег нет определения аккредитива или аккредитивной формы расчетов, так как в нем предусмотрены банковские способы осуществления платежей и переводов денег по распоряжению клиента, в то время как аккредитивная форма расчетов устанавливается по соглашению сторон и для этого недостаточно наличия договора банковского счета или факта открытия банком счета клиента. Необходимо также согласие банка на выдачу аккредитива в пользу своего клиента. Аккредитивная форма расчетов урегулирована Правилами № 179 и Правилами проведения операций с документарными аккредитивами. Необходимость аккредитивной формы расчетов обуславливается условиями какого-либо торгового договора (поставки, выполнения работ, оказания услуг), при заключении которого одна сторона (как правило, кредитор - продавец, лицо, выполняющее работы или оказывающее услуги) заявляет в качестве существенного условия применения аккредитивной формы расчетов с указанием конкретных характеристик аккредитива (отзывный или безотзывный, условия перевода аккредитива на третье лицо и т. д.). В этом же договоре, как правило, согласовывается перечень и характеристики документов, по представлении которых должен быть произведен платеж по аккредитиву. В связи с условиями договора, предусматривающего аккредитивную форму расчетов, должник по такому договору обращается с просьбой в свой обслуживающий банк

„выпаче аккредитива в пользу своего контрагента по договору. На основании такой просьбы банк вправе открыть аккредитив, решив при этом с клиентом все вопросы по возмещению банковских расходов связанных с исполнением платежа по аккредитиву, а также вознаграждения банка за открытие аккредитива, так как открытие аккредитива является, как правило, платной услугой банка. При этом необходимо иметь в виду, что Правила № 179 и Правила проведения операций с документарными аккредитивами не регулируют отношения между банком и клиентом по вопросу согласования взаимных условий, на которых банк согласен открыть аккредитив, и представления одного заявления клиента об открытии аккредитива без согласования, например, вопросов возмещения клиентом банку расходов связанных с исполнением платежа по аккредитиву, включая все необходимые расходы по обслуживанию аккредитива - расходы на пересылку аккредитива, расходы по перечислению покрытия в исполняющий банк при условиях покрытия аккредитива, расходы на возмещение затрат исполняющих банков и т. д., а также вопросов вознаграждения банка за открытие аккредитива не обязывают банк на открытие аккредитива.

Указанные вопросы взаимоотношения банка и его клиента о согласовании условий, на которых может быть открыт аккредитив, находятся за пределами аккредитива, как обязательства банка по уплате денег по представлении определенных документов, а также за пределами торгового договора, обуславливающего открытие аккредитива. В то же время открытие аккредитива (как особой платной услуги банка в виде его обязательства произвести платеж третьему лицу по предъявлении последним

определенных документов), а также исполнение банком обязательства по аккредитиву обуславливают и предполагают совершение банком указанных действий за счет клиента банка - приказодателя аккредитива, и вопросы возмещения приказодателем аккредитива расходов банка-эмитента аккредитива и уплаты вознаграждения должны быть решены до открытия аккредитива на основании отдельного соглашения либо соглашения, содержащегося в условиях договора банковского счета.

Механизм осуществления безналичных расчетов. Зачисление безналичных денег на банковский счет и осуществление расчетов по распоряжению клиента представляет собой единый взаимосвязанный процесс, так как зачислению безналичных денег на счет одного банковского клиента предшествует распоряжение другого банковского клиента по осуществлению расчетных операций в пользу первого клиента. К тому же осуществление расчетных операций необходимо рассматривать одновременно с вопросами организации деятельности системы безналичных расчетов и механизмом осуществления безналичных платежей.

Общей основой механизма осуществления безналичных платежей является **платежная система**, представляющая собой систему корреспондентских отношений на основе договоров корреспондентского счета между банками непосредственно либо через корреспондентские отношения нескольких банков между собой. Благодаря сложившейся системе корреспондентских отношений в течение длительного периода времени становления банковской системы, разработки и повсеместного внедрения техники установления корреспондентских отношений между банками внутри отдельно взятой страны и международной интеграции банковских систем различных государств безналичные расчеты стали неизменным атрибутом имущественных отношений. При этом условно можно отметить **две системы безналичных платежей**, так называемые кредитовые и дебетовые переводы, классифицирующим признаком которых является механизм движения денег и предъявления платежного документа к оплате плательщиком либо получателем платежа.

При так называемых **кредитовых переводах** платеж начинается непосредственно со счета плательщика, где платежный документ о перечислении денег предъявляется плательщиком в свой обслуживающий банк, сумма платежа списывается с его счета и последовательно через платежную систему перечисляется на счет получателя денег. Это происходит, например, при расчетах платежными поручениями и платежными требованиями-поручениями.

При **дебетовых переводах** либо сумма платежа первоначально на основе определенного платежного документа зачисляется на счет получателя денег (например, в случае гарантированных чеков) и платежный документ затем предъявляется через платежную систему банку плательщика к оплате, либо платежный документ, содержащий требование об уплате денег, предъявляется получателем платежа в свой обслуживающий банк, а затем последовательно через платежную систему предъявляется банку плательщика и необходимая де-

нежная сумма списывается с его счета. Это происходит, например при расчетах чеками.

Необходимость **оговорки об условности деления платежей на дебетовые и кредитовые** обусловлена тем, что и те, и другие платежи могут осуществляться в любой платежной системе, в том числе и в Казахстане, и условное деление производится по преобладанию, а не исключительности какого-либо вида платежей. Развитие же платежных банковских инструментов и появление "электронных денег" в виде пластиковых карт позволяет осуществлять платежи в реальном **392** времени, когда деньги списываются со счета плательщика и зачисляются на счет получателя одновременно, благодаря достижениям техники и глобальной системе телекоммуникаций. В то же время необходимо отметить, что в тех или иных странах традиционно сложились определенные виды платежей и это нельзя не учитывать. Так, в континентальной Европе, в том числе на территории постсоветского пространства, включая и Казахстан, традиционно широко распространены кредитовые платежи при помощи преимущественно платежных поручений и платежных требований-поручений, а в Англии и США широко распространены дебетовые платежи в связи с широким распространением чековых расчетов. Дальнейшее глобальное распространение пластиковых карточек как платежных инструментов должно преобразовать систему платежей, хотя, безусловно, дебетовые и кредитовые платежи еще длительное время будут присутствовать в банковской деятельности. Но и распространение пластиковых платежных инструментов не изменит сущность и основу безналичных расчетов в виде договора банковского счета и платежной системы в виде системы корреспондентских отношений банков. При помощи пластиковых карточек клиент только лишь получает доступ к своему банковскому счету, может выдать распоряжение своему контрагенту по договору банковского счета - банку о перечислении денег в пользу третьих лиц или получению наличных денег, а также может получить информацию о состоянии остатка на своем банковском счете, но при этом не меняется сама сущность отношений в виде заключения и исполнения договора банковского счета и перечисления денег в определенной платежной системе.

Поэтому для исследования процесса зачисления и перечисления денег со счета клиента по договору банковского счета в безналичной форме необходимо представление о существующих платежных системах и механизмах безналичных платежей.

Основой безналичных платежей является платежная система Центрального банка страны, в Казахстане это платежная система Национального банка Республики Казахстан, представляющая систему корреспондентских отношений банков и небанковских организаций, осуществляющих отдельные виды банковских операций, с Национальным банком Республики Казахстан. Правилами № 37 устанавливается порядок открытия банками корреспондентских счетов в Национальном банке Республики Казахстан и порядок осуществления обслуживания по такому корреспондентскому счету. Необходимо отметить, во-первых, то, что договор корреспондентского счета банков является особой разновидностью договора банковского счета, особенностью которого является то, что клиентом по

такому договору выступает банк, а в качестве "банка" по договору банковского счета выступает Национальный банк Республики Казахстан. Во-вторых, система корреспондентских счетов банков в Национальном банке Республики Казахстан, в функции которого также входит организация безналичных расчетов в Республике, является основой платежной системы Национального банка по осуществлению безналичных расчетов. При осуществлении функции организации безналичных расчетов на территории Республики Казахстан Национальный банк выступает в качестве "банка всех банков", и банки, имеющие корреспондентские счета в Национальном банке, могут осуществлять платежи в пользу иных банков при помощи посредничества Национального банка, обладающего сетью филиалов на всей территории Республики Казахстан. Именно применительно к платежной системе Национального банка Республики Казахстан разработаны Правила № 179, которым предусмотрен порядок использования платежных документов и осуществления безналичных платежей и переводов денег на территории Республики Казахстан. При рассмотрении платежной системы Национального банка и порядка заключения договора корреспондентского счета нельзя не упомянуть о банковском идентификационном коде, который присваивается банку, открывшему корреспондентский счет в Национальном банке. Если номер корреспондентского счета представляет собой индивидуальный идентификационный код, который присваивается аналогично индивидуальному идентификационному коду любого банковского клиента, заключившего договор банковского счета, то банковский индивидуальный код, порядок присвоения которого предусмотрен Правилами № 37, является атрибутом лишь корреспондентских счетов, открываемых в Национальном банке, и представляет собой аналог кода межфилиального оборота Госбанка СССР - кода МФО.

В то же время необходимо отметить, что платежная система безналичных расчетов Национального банка Республики Казахстан является основной, но не единственной системой безналичных расчетов. Так, Правилами № 242 установлен порядок осуществления безналичных платежей в межбанковской системе переводов денег, основой которой является деятельность **Казахстанского Центра Межбанковских Расчетов** Национального Банка Республики Казахстан, осуществляющего переводы денег пользователей путем передачи **электронных платежных поручений**. В отличие от платежной системы Национального Банка Республики Казахстан, использующей бумажные носители платежных документов и осуществляющей соответственно их ручную обработку и почтовую пересылку при осуществлении безналичных расчетов, межбанковской системой переводов 394 денег используются электронные платежи на основе электронных документов, что значительно ускоряет процесс безналичных расчетов. Но все же основу межбанковских переводов денег составляет платежная система Национального банка, из которой в начале банковского дня перечисляются деньги с корреспондентских счетов банков-пользователей в межбанковскую систему переводов денег и в которую в конце банковского дня возвращаются на корреспондентские счета остатки денег.

Платежная система может быть организована двумя или **группой банков** при помощи открытия корреспондентских счетов и установления корреспондентских отношений непосредственно между собой. Именно этому посвящены Правила № 428, которыми предусмотрен порядок установления корреспондентских отношений между банками второго уровня Республики Казахстан, а также между банками второго уровня Республики Казахстан и организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций, существенные условия договора корреспондентского счета, порядок его заключения, права и обязанности сторон. Установление двусторонних корреспондентских отношений между различными банками позволяет значительно ускорить безналичные платежи между их клиентами в связи с отсутствием посредника при осуществлении платежа. К тому же, при соблюдении установленных законодательством требований, в корреспондентских отношениях между банками допускается использование электронных документов и электронных способов их передачи. В принципе, возможно создание региональной или глобальной, в рамках всей страны самостоятельной платежной системы, альтернативной платежной системе Национального банка или Центра межбанковских переводов, но при нормально работающих вышеупомянутых платежных системах в этом нет экономической целесообразности, так как сама деятельность по созданию такой платежной системы довольно сложная, дорогая и требует экономически обоснованных условий для объединения в такую систему всех или большинства банков. В настоящее время в Казахстане не существует какой-либо глобальной платежной системы, организованной банками, которая бы могла сравниться или конкурировать с платежной системой Национального банка, хотя никаких для этого правовых преград нет.

Осуществление безналичных расчетов возможно также при помощи **клиринговых платежных систем** в виде клиринговых организаций, основу которых составляют не дебетовые или кредитовые переводы, а зачет взаимных требований клиентов различных банков. В клиринговой платежной системе происходит зачет взаимных требований между платежами клиентов одного банка-участника клиринго-

вой организации в пользу другого определенного банка - участника клиринговой организации и платежами клиентов последнего в пользу первого.

В настоящее время функционирует клиринговая платежная система Республиканского государственного предприятия на праве хозяйственного ведения "Казахстанский центр межбанковских расчетов" (которое также осуществляет межбанковские переводы денег в соответствии с Правилами № 242). Правовой основой клиринговой деятельности Казахстанского центра межбанковских расчетов являются Правила № 157. Правила № 157 устанавливают порядок организации и оказание услуг пользователям по осуществлению платежей в клиринговой системе Казахстанского центра межбанковских расчетов. Отношения пользователей с казахстанским центром межбанковских расчетов по осуществлению клиринговых платежей оформляются отдельным договором, существенные условия и порядок заключения которого предусмотрены указанными Правилами № 157. Платежи в клиринговой системе Казахстанского центра межбанковских расчетов производятся путем передачи пользователями в Центр электронных сообщений, содержащих указание о переводе денег и их обработки на основе клиринга. Все платежи в Системе осуществляются в национальной валюте Республики Казахстан и только электронным способом по форматам передачи информации, установленным нормативными правовыми актами Национального Банка. Основным нормативным актом, устанавливающим порядок использования электронного способа передачи информации являются Правила обмена электронными документами при осуществлении платежей и переводов денег в Республике Казахстан, утвержденные постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 21 апреля 2000 года N 146, которыми устанавливаются основные требования к предъявлению указаний о переводе денег электронным способом, а также требования к передаче электронным способом сообщений, связанных с отзывом либо приостановлением исполнения таких указаний, подтверждением подлинности ранее переданных указаний или правомочности их предъявления.

Как и платежная система, основанная на корреспондентских отношениях банков, клиринговые расчеты могут организовываться, помимо Казахстанского центра межбанковских расчетов, также любым банком при наличии лицензии Национального банка на осуществление клиринга. Порядок осуществления клиринга на территории Республики Казахстан определяется Правилами № 273. Правилами № 273 устанавливаются общие принципы организации и деятельности клиринговых расчетов, некоторые вопросы по порядку выдачи, при- 396, приостановления и аннулирования лицензии на проведение клиринговых операций, общие требования к проведению клиринга, порядок перевода денег по проведению клиринга, методику управления рисками при проведении клиринга и т. д. Клиринговая платежная система позволяет снизить банковский документооборот, так как основные платежи, за исключением разницы по результатам определения позиций по завершению клиринга, осуществляются фактически внутри банка между его клиентами. Клиринговая платежная система

преимущественно развита в странах с преобладанием дебетовых переводов, в частности в США и Англии, где клиринг позволяет снизить материальные и временные издержки ручной обработки чеков, представленных на бумажных носителях, и сократить время для их почтовой пересылки из одного банка в другой в связи с возможностью их представления в ближайший филиал или представительство клиринговой организации, что, в свою очередь, снижает сроки бесплатного кредитования получателя платежа по чеку. В то же время при планировании и организации платежей банками клиринг также позволяет сократить сроки платежей по установленным направлениям платежей своих клиентов в определенный банк и установленным обратным направлениям платежей, приходящих из этого определенного банка.

Сам механизм осуществления безналичных расчетов довольно разнообразен в зависимости от осуществления платежа внутри банка или же расчетов с клиентами, обслуживаемыми в других банках, в зависимости от разнообразия существующих платежных систем и платежных инструментов.

Простейший пример безналичных расчетов представляет собой расчет между клиентом и его обслуживающим банком, например, осуществление расчета по уплате вознаграждения банку по договору банковского счета, выдача банком кредита, размещение клиентом денег в банковский вклад, выплата банком вознаграждения по банковскому вкладу клиента, возврат полученного банковского займа (кредита) и уплата вознаграждения по нему и т. д. Данные отношения регулируются Правилами № 433, в соответствии с которыми допускается использование в качестве платежного документа платежного ордера на бланках установленной формы, которые даются в приложении к указанным Правилам, либо использование форм платежных документов, предусмотренных Правилами № 179, а также иных любых форм платежных документов, разработанных банком самостоятельно.

Другой простейший пример безналичных расчетов представляет собой безналичный расчет двух клиентов, обслуживаемых в одном и том же банке, то есть имеющих договор банковского счета с одним и тем же банком. При осуществлении платежа клиент представляет в банк документ определенной формы (в соответствии с Правилами № 179), содержащий распоряжение о производстве платежа. При этом банк в ходе исполнения данного распоряжения производит платеж при помощи системы учета денег своих клиентов - путем уменьшения записи денег, как способа учета прав требования клиента к банку на банковском счете одного клиента (говоря банковским бухгалтерским языком - дебетуя счет или производя дебетование счета давшего распоряжение клиента) и увеличения записи денег на счете другого клиента (говоря банковским бухгалтерским языком - кредитуя счет или производя кредитование счета другого клиента, в пользу которого производится расчет). При таком безналичном расчете фактически никаких платежей не производится, банком лишь оформляется уступка прав требования к банку одного клиента другому в пределах денежной суммы, находящейся у него на корреспондентском счете, то есть осуществляется расчетная операция путем внутрибанковского бухгалтерского учета.

Основной формой безналичных расчетов являются **расчеты между клиентами различных банков.** При

этом клиент отдает распоряжение своему банку при помощи определенного платежного инструмента о перечислении денег третьим лицам либо о предъявлении третьему лицу требования об уплате денег, а его обслуживающий банк самостоятельно осуществляет безналичный платеж или предъявляет требование определенному лицу на основе определенного платежного документа при помощи любой приемлемой платежной системы, основанной либо на системе корреспондентских отношений в Национальном банке Республики Казахстан, либо системе корреспондентских отношений в любом другом банке, либо на двусторонних корреспондентских отношениях с банком, в котором обслуживается получатель денег или должник по требованию, либо на системе клиринговых платежей Казахстанского центра межбанковских расчетов, либо на системе клиринговых расчетов любой иной клиринговой организации.

Особенности расторжения и прекращения договора банковского счета. Договор банковского счета может быть расторгнут или прекращен по общим основаниям, предусмотренным ГК. Помимо этого, в соответствии со ст. 752 ГК установлено правило о расторжении договора банковского счета: договор банковского счета расторгается по заявлению клиента в любое время, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Данная норма устанавливает общее немаловажное правило, в соответствии с которым право расторжения договора банковского счета принадлежит клиенту, который вправе в любое время расторгнуть договор, не объясняя при этом причин расторжения и не неся никакой ответственности за такое расторжение. Другим немаловажным положением, вытекающим из норм ст. 752 ГК, является то, что банк, по общему правилу, не вправе инициировать расторжение договора банковского счета, по общему правилу являющимся бессрочным, если такое право не предусмотрено договором, нормами ГК или иных законодательных актов.

Необходимо отметить, что, помимо ст. 752 ГК, расторжение договора банковского счета регулируется также общими нормами ГК об изменении и расторжении договора, предусмотренными ст. ст. 401—405 ГК. Помимо этого прекращение договора банковского счета регулируются также общими нормами ГК о прекращении обязательства, предусмотренными ст. 367-377 ГК, так как в ряде случаев договорные обязательства могут прекратиться и без соглашения сторон, например, в случае издания акта государственного органа, смерти гражданина, ликвидации юридического лица, невозможности исполнения обязательства и т. д.

Диспозитивная норма ст. 752 ГК позволяет предусмотреть в договоре банковского счета любые основания, по которым договор не может быть расторгнут по заявлению клиента, а с учетом общих норм ст. ст. 401¹⁰⁴ ГК - также предусмотреть иные основания расторжения договора банковского счета либо основания одностороннего отказа от договора, в том числе основания расторжения договора по инициативе банка и одностороннего отказа от договора банка.

В развитие диспозитивных положений ст. 752 ГК в законодательстве, а именно - в Инструкции № 266 предусмотрены случаи, когда банковский счет не может быть закрыт, то есть договор банковского счета не может быть расторгнут либо банк не вправе в

одностороннем порядке отказаться от исполнения договора. Так, в соответствии с Инструкцией № 266 закрытие банковского счета запрещается, несмотря на поданное заявление клиента либо наличие предусмотренных договором банковского счета оснований расторжения договора, при наличии неисполненных требований к данному счету. При этом необходимо учитывать, что Инструкция №2 66 оперирует понятием "закрытие банковского счета", то есть прекращение учета денег клиента, которое может охватывать случаи прекращения договорных отношений между банком и клиентом как в связи с расторжением договора, так и в связи с прекращением обязательства. Исключением из запрета, предусмотренного Инструкцией № 266 на закрытие банковского счета, является ликвидация или реорганизация юридического лица - клиента или отсутствие денег на счете юридического лица более одного года, у физического лица - более трех лет. При этом необходимо иметь в виду, что закрытие счета при наличии неисполненных требований при ликвидации юридического лица относится в соответствии со ст. 377 ГК к случаю закрытия счета в связи с прекращением обязательства банковского счета, а при реорганизации юридического лица - к случаю изменения договора в связи с переходом прав кредитора к другому лицу в результате универсального правопреемства.

Закрытие же банковских счетов при наличии неисполненных требований в связи с отсутствием денег на счете юридического лица более одного года, у физического лица - более трех лет, относятся к случаям закрытия счетов в связи с расторжением договора по инициативе банка или односторонним отказом от договора со стороны банка. Закрытие банковского счета в указанных случаях безусловно должно предшествовать, соответственно, расторжению договора банковского счета по инициативе банка или односторонний отказ банка от договора банковского счета, производимых в соответствии с общими нормами ст. 401⁴⁰⁵ ГК об изменении и расторжении договора.

Инструкция № 266 также содержит особый случай закрытия банковского счета для государственного учреждения, финансируемого из государственного бюджета. Счет такого учреждения может быть закрыт банком в случае отзыва Министерством финансов Республики Казахстан разрешения на открытие данному государственному учреждению банковского счета. В соответствии с законодательством государственное учреждение, финансируемое из государственного бюджета, не имеет, как правило, собственного банковского счета, так как финансирование его деятельности производится с Единого счета Казначейства Министерства финансов Республики Казахстан, и для государственного учреждения, финансируемого из государственного бюджета, установлен разрешительный порядок для открытия банковского счета - оно вправе открыть банковский счет при наличии на это разрешения Министерства финансов Республики Казахстан. Соответственно, отзыв Министерством финансов Республики Казахстан разрешения на открытие данному государственному учреждению банковского счета влечет в соответствии со ст. 374 ГК к прекращению обязательства банковского счета в связи с невозможностью его исполнения и к закрытию банковского счета.

§3. Договор о переводе денег

По договору о переводе денег одна сторона (банк) обязуется по поручению другой стороны (клиента) перевести третьему лицу деньги без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода (п. 1 ст. 754 ГК).

Перевод денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода относится к одной из разновидностей безналичных расчетов. По своей экономической сущности перевод денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода не отличается от безналичных расчетов, осуществляемых банками в связи с исполнением распоряжений клиента о переводе денег третьим лицам в соответствии с условиями договора банковского счета, за исключением того, что при исполнении распоряжений клиента по договору банковского счета о перечислении денег третьим лицам банк изначально оперирует безналичными деньгами, находящимися на счете клиента, а при безналичных расчетах по договору о переводе денег банк принимает от клиента наличные деньги, а затем осуществляет перечисление в безналичной форме. По правовой сущности различия заключаются в основании возникновения обязательств банка по осуществлению безналичных расчетов, которыми в случае перевода денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода является отдельный договор о переводе денег, а при безналичных расчетах с банковского счета клиента основанием служит договор банковского счета, одним из условий которого является осуществление безналичных расчетов по распоряжению клиента.

С учетом того, что индивидуальным идентификационным кодом идентифицируется банковский счет клиента, то есть фактически им обозначается номер банковского счета, то обязательство о переводе денег без присвоения индивидуального идентификационного кода означает обязательство о переводе денег без заключения договора банковского счета, без ведения особого способа учета денег клиента, именуемого в соответствии с Законом о платежах и переводе денег "банковским счетом".

Обязательство о переводе денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного счета, то есть без открытия клиенту банковского счета и присвоения этому счету определенного номера, закреплено в ГК в качестве разновидности гражданско-правового обязательства. Данному обязательству в ГК посвящено всего лишь две статьи: о переводе денег и о заключении договора о переводе денег. В развитие норм ГК, а именно п. 2 ст. 744 ГК, правовое регулирование перевода денег более детально предусмотрено Правилами № 395.

Хотя правовое регулирование договора о переводе денег впервые законодательно закреплено в Особенной части ГК, этот договор имел широкое применение и до принятия Особенной части ГК. Переводы денег без открытия банковского счета широко применялись для уплаты коммунальных услуг, сбора налогов и иных обязательных платежей с граждан и т. п.. Такие операции в советский период административно-командного регулирования банковской системы проводили Сберкасы Госбанка СССР, а затем Сбербанки Госбанка СССР. Аналогичные платежи проводились и при платежах граждан в пользу иных граждан-клиентов Сбербанка, имеющих текущие счета в нем при этом для осуществления

перевода денег без открытия банковского счета необходимым условием было наличие у получателя денег текущего счета в банке. Затем, в период реформирования банковской системы, аналогичные операции проводили Народный банк Республики Казахстан и иные банки второго уровня, в которых, как правило, обслуживались и имели банковские счета граждане и предприятия - получатели платежей. Несмотря на то, что получатель денег не участвует в договоре о переводе денег без открытия банковского счета, основой договора о переводе денег всегда были договорные отношения получателя денег с банком на основе договора банковского счета и наличие у такого получателя банковского счета, на который и должны быть произведены платежи.

Помимо перевода денег от третьих лиц в пользу банковского клиента, в настоящее время в соответствии с Правилами № 395 допускается перевод денег в пользу третьих лиц, не имеющих банковского счета по аналогии с переводами денег в почтовой системе.

Основным признаком договора о переводе денег в соответствии со ст. ст. 744, 745 ГК является осуществление безналичных платежей без открытия плательщику банковского счета. При этом, по общему правилу, не имеет значения, имеет получатель платежа банковский счет или нет. К безналичным расчетам, осуществляемым в соответствии с договором о переводе денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода, относятся платежи и переводы, при осуществлении которых: 1) клиент-плательщик не использует какой-либо банковский счет и производит взнос наличных денег в банк для перевода их последним в безналичном порядке в пользу лица, указанного отправителем денег; 2) деньги зачисляются на банковский счет третьего лица - получателя денежного перевода либо (если перевод денег осуществляется без использования банковского счета получателя денег) они выдаются получателю перевода в наличной форме в соответствии с условиями договора о переводе денег без зачисления этой денежной суммы на какой-то банковский счет.

Первостепенной основой деятельности банков по производству переводов без открытия банковского счета является услуга банка своему клиенту по инкассации его требований, то есть по поступлению в кассу банка денег от третьих лиц по требованиям банковского клиента к ним, а также по приему денег, поступающих в пользу клиента от третьих лиц. Обязанность банка произвести платеж без открытия банковского счета в пользу своего клиента, в первую очередь, возникает в связи с договором банковского счета с получателем денег, в соответствии с условиями которого предусмотрена обязанность банка по получению денег от третьих лиц, поступающих в пользу клиента. В случае же перевода денег в пользу клиента другого банка, банк производит перевод денег без открытия банковского счета в качестве определенной платной банковской услуги. Банк также вправе взимать плату при осуществлении перевода в пользу своего клиента, но, как правило, банки данную плату либо взимают со своего клиента, в пользу которого производятся платежи, в качестве платы за инкассацию требований клиента, либо вообще не взимают такой платы. Размер, порядок и сроки уплаты комиссионного вознаграждения за перевод денег без присвоения

клиенту индивидуального идентификационного кода устанавливаются банком самостоятельно. Как правило, размер и порядок взимания комиссионного вознаграждения за перевод денег устанавливается договором, но по общему правилу, закрепленному в Правилах № 395, при исполнении договора о переводе денег банк, осуществляющий перевод, не вправе взимать комиссионное вознаграждение за счет суммы платежа, если иное не предусмотрено договором перевода. Исключением из этого правила являются переводы денег в целях уплаты налогов и других обязательных платежей в бюджет, при которых в соответствии с Правилами № 395 сумма вознаграждения может быть взыскана банком из суммы платежа.

Плательщики вправе внести платеж в кассу получателя денег либо передать деньги лично получателю, но в ряде случаев это может быть сопряжено с определенными трудностями, вызванными значительной удаленностью плательщика и получателя денег, неудобством платежа в кассу получателя денег по сравнению с переводом денег через банк, высокими расходами для личного исполнения платежа получателю по сравнению с расходами по переводу денег через банк. В ряде случаев плательщик лишен по определенным жизненным обстоятельствам возможности исполнить лично платеж получателю, и он вынужден обратиться в банк за услугой по переводу денег в пользу определенного получателя. Для банка услуга по переводу денег является либо определенным видом предпринимательской деятельности, приносящей доходы, либо обязанностью, вытекающей из договора банковского счета с клиентом - получателем денег, либо одним из способов привлечения новых клиентов путем оказания услуг по инкассации денег, поступающих в пользу клиента.

Как правило, в качестве клиента - стороны договора о переводе денег, осуществляющего платеж в пользу третьего лица, выступает физическое лицо. В соответствии с Правилами № 395 юридические лица вправе выступать в качестве клиента - стороны договора о переводе денег только в случае перечисления налогов и иных обязательных платежей в бюджет, а также уплаты пенсионных взносов. Во всех иных случаях юридические лица обязаны осуществлять безналичные платежи и переводы денег только со своих банковских счетов, которые открываются им при заключении договора банковского счета.

Договор о переводе денег является **консенсуальным, двусторонним** и, как правило, **возмездным**. Договорные отношения по переводу денег оформляются путем использования механизма договора присоединения, так как банк предлагает свои услуги неограниченному кругу лиц на стандартных условиях, как это зачастую бывает при оказании многих услуг потребителям, и оформление отдельного договора либо согласование условий каждого договора является нецелесообразным и затруднительным. Условия договора о переводе денег разрабатываются банком в виде стандартных форм - определенных Правил, на основе которых банк осуществляет перевод денег без присвоения индивидуального идентификационного кода. Именно из необходимости применения механизма договора присоединения исходит законодатель, закрепляя правило, что договор о переводе денег считается заключенным, если банк принимает к исполнению платежные извещения клиента в момент обращения клиента с предложением

об оказании ему такой банковской услуги. И платежное извещение выступает в качестве документа, подтверждающего присоединение клиента к предложенным банком условиям договора о переводе денег.

При заключении договора о переводе денег клиент - отправитель денег и банк, осуществляющий услугу по переводу денег, должны согласовать **существенные условия договора**, предусмотренные законодательством, к которым в соответствии с Правилами № 395 относятся порядок осуществления перевода денег, в том числе порядок взимания комиссионного вознаграждения, а также права, обязанности и ответственность сторон по договору о переводе денег. Так как при переводе денег используется механизм договора присоединения и условия договора о переводе денег содержатся в стандартных формах и внутренних правилах банка, банк, осуществляющий услугу по переводу денег, обязан ознакомить клиента - отправителя денег с порядком осуществления платежа и с собственными тарифами, установленными внутренними правилами банка по предоставлению данного вида услуг.

Законодательством не установлена специальная форма платежного документа, на основании которого осуществляется взнос наличных денег клиентом по договору о переводе денег для последующего их перечисления банком в пользу третьего лица. Данный платежный документ имеет собирательное название "платежное извещение", и с принятием банком его к исполнению, как уже отмечалось, законодатель связывает момент заключения договора. В качестве платежного извещения могут выступать квитанции, объявления на взнос наличными счета-извещения и другие документы, используемые банком для принятия наличных денег по договору об их переводе. Форма платежного документа устанавливается банком, осуществляющим услуги по переводу денег, или обычаями делового оборота с соблюдением требований к содержанию платежного извещения, установленных Правилами № 395. Платежные извещения, кроме счетов-извещений на оплату коммунальных услуг, должны содержать следующие реквизиты:

- 1) наименование платежного извещения;
- 2) номер платежного извещения, число, месяц, год его составления;
- 3) фамилия, имя, отчество (если имеется) физического лица - клиента по договору о переводе денег и (или) иного физического лица - получателя перевода либо полное наименование, включая организационно-правовую форму юридического лица - клиента по договору о переводе денег и (или) юридического лица - получателя перевода;
- 4) индивидуальные идентификационные коды клиента по договору о переводе денег и (или) третьего лица - получателя перевода, а в случае отсутствия у физического лица индивидуального идентификационного кода указываются данные документа, удостоверяющего его личность, а также почтовый адрес (страна, город, индекс, улица, номер дома и квартиры);
- 5) полное наименование, включая организационно-правовую форму, банка клиента по договору о переводе денег и (или) третьего лица - получателя перевода, их банковские идентификационные коды;

6) код клиента по договору о переводе денег - отправителя денег "КОд", код бенефициара "Кбе", назначение платежа и его кодовое обозначение, установленные нормативными правовыми актами Национального Банка Республики Казахстан;

7) сумма платежа, обозначенная цифрами и прописью;

8) регистрационный номер налогоплательщика (РНН) - клиента по договору о переводе денег или третьего лица - получателя перевода, в случае, если перевод производится с указанием их индивидуального идентификационного кода;

9) в случае, если клиентом по договору о переводе денег - отправителем денег является юридическое лицо - фамилия, имя, отчество, подпись его уполномоченных лиц, а также оттиск печати юридического лица, а в случае, если клиентом по договору о переводе денег - отправителем денег является физическое лицо - его подпись.

Платежное извещение на уплату налогов и других обязательных платежей в бюджет, кроме общеобязательных реквизитов, должно

405

дополнительно содержать указание регистрационного номера налогоплательщика (РНН), вида налога (платежа в бюджет), кода бюджетной классификации, предусмотренный законодательством Республики Казахстан.

Платежные документы могут содержать и иные сведения помимо предусмотренных законодательством обязательных реквизитов. Например, в платежных извещениях могут содержаться дополнительные сведения, касающиеся местонахождения (местожительства) клиента - отправителя денежного перевода и местонахождения (местожительства) получателя денежного перевода, их номеров телефона и факса, адреса электронной почты и т. д.

Нормативными правовыми актами Национального банка могут быть установлены формы платежных извещений по договору о переводе денег, но до настоящего времени таких форм не установлено.

При принятии от клиента по договору о переводе денег - отправителя денег платежного извещения, банк, осуществляющий перевод денег, выдает клиенту соответствующее подтверждение о принятии наличных денег и принимает на себя обязательство осуществить перевод денег в пользу третьего лица - получателя перевода.

Для осуществления перевода денег банк на основании принятого платежного извещения оформляет от своего имени соответствующее платежное поручение, исполнение которого производится способами и в порядке, предусмотренными законодательными актами Республики Казахстан и нормативными правовыми актами Национального Банка Республики Казахстан для осуществления безналичных платежей.

По договору о переводе денег платежи и переводы денег без присвоения клиенту индивидуального идентификационного кода могут осуществляться как в тенге, так и в иностранной валюте, как в ходе расчетов между резидентами Республики Казахстан, так и при расчетах между резидентами и нерезидентами Республики Казахстан. При переводах в иностранной валюте указанные правоотношения подпадают также под регулирование валютного законодательства и должны отвечать

предусмотренным им требованиям и ограничениям (например, ограничения на территории Республики Казахстан на расчеты в иностранной валюте между резидентами).

Перевод денег без присвоения идентификационного кода имеет особенности в зависимости от того, производится ли перевод на банковский счет получателя, либо получатель не использует банковский счет и должен получить деньги в наличной форме. В последнем случае банк, осуществляющий выдачу получателю перевода денег, наделяется определенными обязанностями по извещению получателя о поступившем в его пользу переводе и возврату перевода отправителю 406 по и неявке получателя для получения перевода. В случае, если и банк отправителя, и банк получателя являются филиалами одного и того же банка, исполнение одним филиалом перевода, принятого по **ДОГОВОРУ** о переводе денег другим филиалом, будет являться исполнением одним и тем же лицом одного обязательства, возникшего на основании договора о переводе денег. В случае, если банк, осуществляющий перевод по договору о переводе денег, и банк, исполняющий обязанность по выдаче получателю перевода наличных денег, являются различными банками, то обязанность последнего банка, являющегося третьим лицом по обязательству о переводе денег, может возникнуть только в случаях, предусмотренных законодательством или соглашением сторон.

При переводе денег на банковский счет получателя перевод может быть осуществлен в любой банк, так как в этом случае банк, исполняющий договор о переводе денег, производит безналичное перечисление по общим правилам, установленным для производства безналичных расчетов, при помощи любой существующей и приемлемой для перевода денег платежной системы: Национального банка, электронных переводов Казахстанского центра межбанковских расчетов, на основе прямых корреспондентских отношений с банком, обслуживающим получателя перевода, и т.д. Банк же получателя денег обязан принять платеж и зачислить его на счет получателя перевода в соответствии с договором банковского счета со своим клиентом - получателем перевода.

Обязательство по переводу денег завершается исполнением обязанностей по переводу либо невозможностью исполнения и возвратом денег клиенту - отправителю денег по договору о переводе денег. При этом исполнением обязанностей является зачисление денег на счет третьего лица - получателя перевода, когда по условиям договора перевод должен быть осуществлен на банковский счет получателя, либо выдачей наличных денег получателю, если это предусмотрено договором о переводе денег.

Необходимо отметить, что отсутствие банковского счета у отправителя не означает полное отсутствие учета денег клиента или отсутствие иных способов идентификации лица, осуществляющего перевод денег. Такая идентификация производится на основе отдельного договора - договора о переводе денег, а учет поступивших по такому договору производится не способом открытия банковского счета, а способом внутрибанковского бухгалтерского учета, в соответствии с которым деньги учитываются на отдельном бухгалтерском счете, предназначенном

для учета данной операции. Особо ярко значение
необходимости идентификации лица,
осуществляющего перевод, а

407

также учета денег проявляется по договору о переводе денег, условиями которого предусмотрена выдача наличных денег получателю. По такому договору в случае неявки получателя за деньгами перевод должен быть возвращен клиенту - отправителю, и его идентификация необходима для возврата ему денег. Учет денег по такому договору также необходим для выдачи наличных денег, так как до такой выдачи необходимо извещение третьего лица - получателя о том, что в его адрес поступил перевод и он может его получить, что требует определенного времени, в течение которого деньги будут находиться у банка, обязанного выдать деньги.

Законодательством не установлен специальный срок, в течение которого банк, в который поступил перевод с условиями выдачи наличных денег получателю, обязан исполнить выдачу денег, а получатель вправе явиться за переводом, и по истечении которого при неявке получателя банк обязан вернуть деньги отправителю. В этой ситуации необходимый срок может быть предусмотрен внутренними правилами банка, осуществляющего перевод денег на основании договора о переводе денег, и этот срок будет составлять условия договора о переводе денег. Безусловно, срок, в течение которого банк, обязанный выдать деньги получателю перевода, и срок, в течение которого получатель денег вправе получить перевод, в совокупности со сроком, необходимым для перечисления денег от банка, принявшего платежное извещение, в банк, обязанный выдать наличные деньги получателю, составляют общий срок перевода денег, который может быть оговорен при заключении договора либо содержаться во внутренних правилах банка о порядке осуществления переводов денег. Если такой срок внутренними правилами банка не установлен, то должны применяться общие правила срока исполнения обязательства, предусмотренные ст. 277 ГК: если обязательство не предусматривает срок исполнения и не содержит условий, позволяющих определить этот срок, то оно должно быть исполнено в разумный срок.

Идентификация отправителя имеет большое значение также для возврата денег в случае невозможности исполнения перевода, например, в связи с неявкой получателя. При возврате денег в связи с неисполнением перевода банк, заключивший договор о переводе денег, после получения денег из банка, исполнявшего условия о выдаче денег получателю, обязан в течение трех банковских дней со дня поступления возвращенных денег уведомить отправителя денег о таком возврате в порядке, предусмотренном в договоре о переводе. При отсутствии банковского счета отправителя денег, выдача возвращенных денег производится через кассу банка, заключившего договор о переводе денег, с предъявлением клиентом - отправителем соответствующего документа о принятии перевода.

Договор о переводе денег является одной из разновидностей гражданско-правового договора, и за неисполнение или ненадлежащее исполнение его условий нарушитель несет ответственность, предусмотренную гражданским законодательством. На отношения по переводу денег распространяются все нормы гражданского законодательства об основаниях ответственности, об учете вины кредитора при определении ответственности должника за нарушение обязательства, о просрочке кредитора и просрочке должника и т. д. Банк как предприниматель несет, по общему правилу, ответственность за наруше-

ние обязательства по факту нарушения и без вины, то есть несет так называемую ответственность из причинения. В то же время законодательством за ошибочное зачисление денег по договору о переводе денег предусмотрена ответственность банка только при наличии вины. Это вытекает из предусмотренной Правилами № 395 ответственности банка, заключившего договор о переводе денег, за ошибочное исполнение платежного извещения при наличии вины, а также освобождение его от ответственности в случае, если ошибочное зачисление произошло по вине клиента - отправителя денег, например, при ошибке, допущенной в платежном документе. Возможность установления законодательством иного порядка ответственности предпринимателя, чем ответственность из причинения, вытекает в соответствии с частью 2 п. 2 ст. 359 ГК, допускающего установление для предпринимателя законодательством или договором иных оснований ответственности или освобождения от нее.

§4. Договор банковского вклада

По договору банковского вклада одна сторона (банк) обязуется принять от другой стороны (вкладчика) деньги (вклад), выплачивать по ним вознаграждение в размере и порядке, предусмотренных договором банковского вклада, и возвратить вклад на условиях и в порядке, предусмотренных для данного вида законодательными актами и договором.

По каждому из видов вкладов банки в целях учета денег клиента присваивают ему **индивидуальный идентификационный код**. Порядок присвоения, аннулирования индивидуального идентификационного кода, ведение банком учета денег клиента определяется **законодательными актами**, регулирующими банковскую деятельность (ст. 756 ГК).

Договор банковского вклада, как и договор банковского счета является типичным и традиционным договором в банковской практике. Основными дискуссионными вопросами в определении сущности договора банковского вклада являются вопросы его правовой природы, вопросы разграничения банковского вклада и займа, а также определение права собственности или иного субъективного гражданского права клиента и банка на деньги, находящиеся во вкладе.

Полемика по поводу **правовой природы договора банковского вклада**, как и договора банковского счета, широко велась до принятия Особенной части ГК в связи с отсутствием на законодательном уровне, в том числе и в Гражданском кодексе, правового регулирования договора банковского вклада и необходимостью решения вопроса, нормами какого известного законодательству обязательства необходимо регулировать данный договор и правоотношения, возникающие из него. Принятие Основ гражданского законодательства, ст. 111 которых предусматривала правовое регулирование договора банковского вклада, не прекратила полемику по поводу правовой природы этого договора, так как единственная статья Основ не позволяла решить все вопросы правового регулирования. К тому же конструкция договора банковского вклада в соответствии с Основами был сконструирован как разновидность банковского счета. На договор банковского вклада распространялись нормы о договоре банковского счета, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором. Последнее еще более запутывало правовое регулирование банковского вклада, так как стирало грани различия между ним и договором банковского счета.

Отсутствие прямого законодательного регулирования договора банковского вклада служило основной причиной для исследования его правовой природы. Принятие же Особенной части ГК ставит, с нашей точки зрения, точку в вопросе о правовой природе договора банковского вклада, признавая его в качестве самостоятельного гражданско-правового договора⁹³. Каких-либо оснований для исследования правовой природы договора банковского вклада и разработки конструкций применения к нему норм о других гражданско-правовых договоров в настоящее время не имеется. На договор банковского вклада не могут распространяться нормы о договоре банковского счета. К договору банковского счета не применимы нормы о договоре займа или иного гражданско-правового договора. Невозможность применения к договору банковского вклада норм иных гражданско-правовых договоров объясняется различиями в предмете, цели и субъектах договора, выделяющих его в самостоятельную разновидность. Договор банковского вклада может и должен

⁹³ См., например: *Агарков М. М.* Основы банковского права: Курс лекций. *Издание 2-е.* Учение о ценных бумагах: Научное исследование. *Издание 2-е.* М.: Издательство БЕК, 1994. С. 65; *Гражданское право: В 2 т. Том 2.* Полутом 2: *Учебник II Отв.* ред. проф. Е.А.Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство БЕК, 2000. С. 266-267; *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 24-35; *Белов В. А.* Банковское право России: теория, законодательство, практика: Юридические очерки. М.: Учебно-консультационный центр "ЮрИнфоР", 2000 С 47 и др

регулироваться исключительно нормами ГК об этом договоре и развивающими их подзаконными нормативными правовыми актами.

Несмотря на кажущуюся схожесть в предмете, целях и субъектном составе, договор банковского вклада имеет существенные отличия от договора банковского счета. Например, договор банковского счета является консенсуальным договором, а договор банковского вклада - реальным. При этом особо яркой отличительной чертой договора банковского счета является право распоряжения деньгами, переданными в банк. При договоре банковского счета клиент сохраняет право распоряжения деньгами и в ходе действия договора вправе по своему усмотрению ими распоряжаться. По договору банковского вклада вкладчик не сохраняет право распоряжения деньгами, переданными во вклад. Вкладчик имеет право требования выплаты вознаграждения и возврата денег на условиях, предусмотренных договором. При этом по соглашению сторон банк вправе в счет исполнения обязательств по возврату денег перечислить их полностью или частично третьему лицу, указанному вкладчиком. Выполнение банком каких либо распоряжений вкладчика о перечислении третьим лицам сумм денег, возвращаемых банком вкладчику в соответствии с условиями договора банковского вклада либо на основании отдельного дополнительного соглашения об этом, не является предметом договора банковского вклада, но может исполняться банком в виде дополнительной услуги в связи с обычной банковской практикой, сложившейся при исполнении обязанностей по возврату вклада, и за совершение этой дополнительной услуги банк вправе взимать отдельное вознаграждение. Банк вправе не исполнять требование вкладчика по перечислению возвращаемых ему денег третьим лицам, но предоставление такой услуги довольно распространенная и укоренившаяся практика, ставшая в силу обычая неизменным атрибутом отдельных видов банковских вкладов, например, вклада до востребования.

В виде превентивной меры защиты прав вкладчика, как более слабой стороны, ему законодателем предоставлено императивное право, за исключением случаев вкладов, являющихся предметом залога или внесенных в обеспечение иных обязательств вкладчика, **одностороннего** изменения условий договора и получения вклада **досрочно** или до наступления обусловленного для возврата события, но при этом могут быть пересмотрены условия о размере и порядке выплаты вознаграждения¹.

Наиболее сходна по сущности и наиболее проблематична для разграничения с договором банковского счета такая разновидность договора банковского вклада, как договор вклада до востребования. Некоторые исследователи даже предлагают договор банковского вклада до востребования, заключаемый между гражданином и банком, рассматривать как смешанный договор, содержащий условия договора банковского счета и банковского вклада, с чем нельзя согласиться. По договору банковского вклада до востребования вкладчик вправе вносить деньги отдельными взносами в любых суммах и в любой периодичности. Договор банковского вклада до востребования является, как правило, бессрочным. Вкладчик вправе требовать возврата вклада полностью или частично по своему усмотрению в любое время, а банк обязан

немедленно выдать требуемую сумму по такому требованию без применения какого-либо льготного срока для возврата денег, как это предусмотрено для условных или срочных вкладов или для досрочного возврата денег по договору займа. При всей кажущейся схожести договора банковского вклада до востребования и договора банковского счета это все-таки различные правовые институты. Отношения по договору банковского вклада до востребования регулируются нормами о договоре банковского вклада. Схожесть договора банковского вклада до востребования с договором банковского счета объясняется не тем, что банковский вклад до востребования является разновидностью банковского счета, а тем, что банковский счет исторически возник из банковского вклада, имевшего условия вклада до востребования. При этом, при всей схожести, вклад до востребования имеет существенные различия с банковским счетом по условиям распоряжения вкладчиком деньгами, переданными во вклад. Вкладчик не имеет права распоряжения этими деньгами, кроме как требовать их возврата. Технология банковского обслуживания вклада до востребования в настоящее время предусматривает возможность перечисления денег с вклада до востребования третьим лицам, но это перечисление основывается не на праве вкладчика на распоряжение деньгами, находящимися во вкладе, а на праве вкладчика в получении денег со вклада и распоряжения ими любым способом, в том числе и уступкой права получения этих денег третьему лицу. То есть при перечислении денег со вклада до востребования третьему лицу банк выполняет распоряжение вкладчика по возврату определенной суммы денег не самому вкладчику, а указанному им третьему лицу, что является надлежащим исполнением банком своих обязанностей по возврату вклада в соответствии с содержанием и сущностью договора вклада⁹⁴. Технология расчетов вкладчика с третьими лицами за счет денег, находящихся на вкладе до востребования, может быть и иной. В отличие от вышерассмотренного случая перевода прав получения денег со вклада после предъявления вкладчиком требования к банку о возврате вклада или ее части, вкладчик также вправе уступить третьему лицу свое право требования возврата определенной суммы денег со вклада. В этом случае банк, исполняя требования третьего лица, надлежаще уполномоченного вкладчиком на получение денег со вклада, также исполняет свои обязанности по договору банковского вклада до востребования. Надлежащее оформление прав третьего лица возможно различными способами, предусмотренными обычаями делового оборота в банковской деятельности. Как правило, оформление перевода прав требования к банку производится при помощи определенных платежных инструментов - векселя, чека, в соответствии с которыми вкладчик уполномочивает третьих лиц на получение денег с вклада до востребования. Обычно в договоре банковского вклада до востребования прямо предусматривается обязанность банка по оказанию дополнительной услуги (как правило, платной) в виде

См. об этом, например: *Ефимова Л. Г.* Банковское право. Учебное и практические пособие. М.: Изд-во БЕК, 1994. С. 98-99 414 '

⁹⁴ См.: *Куник Я. А.* Кредитные и расчетные отношения в торговле. М., 1970. С. 204; *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 30. 418

перечисления возвращаемых сумм вклада третьим лицам по указанию вкладчика, а также предусматривается порядок оплаты вкладчиком этой дополнительной услуги.

Несмотря на самостоятельность договора банковского вклада, проблемы его **соотношения с договором займа денег**, в том числе и договора банковского займа, в определенной степени все еще остаются.

Общие черты договора займа и договора банковского вклада заключаются в том, что и по тому и по другому договору какое-то определенное лицо получает деньги во временное пользование на условиях срочности, платности и возвратности, а лицо, передавшее деньги, приобретает право требования возврата денег в порядке, обусловленном договором. К тому же исторически банковский вклад, первоначально выступавший разновидностью договора хранения, на определенном этапе развития банковского дела трансформировался и стал выступать как разновидность денежного займа, при котором заемщиком являлся банк - специализированная финансовая организация, одним из видов предпринимательской деятельности которой как раз и было привлечение денег на платной основе в депозит для осуществления кредитования третьих лиц за счет этих денег с целью получения прибыли в виде разницы (маржи) между платой за депозит и платой за кредит¹.

В настоящее время, однако, законодатель рассматривает договор займа и договор банковского вклада в качестве самостоятельных видов гражданско-правовых договоров. Правовое регулирование данных договоров имеет существенные различия. Например, договор банковского вклада в императивном порядке признается реальным договором, в то время как договор займа по соглашению сторон может являться консенсуальным договором. Особо яркой особенностью правового регулирования договора банковского вклада по сравнению с договором займа является право вкладчика на досрочный возврат вклада или возврат условного вклада до наступления определенного для возврата обстоятельства. Имеются различия и по установленным срокам для возврата денег при досрочном возврате предмета займа и досрочном возврате вклада.

В этой ситуации, несмотря на общую экономическую сущность, необходимо исходить из самостоятельного правового регулирования договора займа и договора банковского вклада и самостоятельности указанных договоров. Схожесть экономической сущности не является чем-то особенным. Одни и те же экономические отношения допускают возможность оформления различными договорными институтами. Например, довольно трудно провести экономическую грань между договором купли-продажи с рассрочкой платежа и договором найма вещи с правом последующего выкупа.

Конечно, не все вышеуказанное в отношении договора купли-продажи и договора аренды применимо к соотношению договора займа и договора банковского вклада. Но в общем конструкция аналогичная. Для осуществления депозитной деятельности предусмотрен определенный порядок лицензирования. Такой деятельностью вправе заниматься банки, имеющие генеральную лицензию на ведение банковских операций (одним из

разрешенных видов которых является депозитная деятельность), либо иные организации, имеющие лицензии для осуществления привлечения денег в депозит - ломбарды, кредитные товарищества и т. д. К тому же в законодательстве, в том числе и банковском, каких-либо четких ограничений для использования банками договора займа при привлечении денег в законодательстве нет.

Мало того, в ряде случаев банки вправе получать кредиты на основе договора банковского займа от Национального банка или иных банков и организаций, имеющих лицензии на осуществление заемных операций - выдачу денежных займов на основе срочности, платности и возвратности.

Вероятнее всего, данный вопрос должен быть решен более четко в административном плане банковским законодательством. В настоящее время можно только констатировать, что банки при осуществлении предпринимательской деятельности по привлечению денег в депозит от физических и юридических лиц обязаны использовать институт договора банковского вклада. Банки также обязаны использовать договор банковского вклада при привлечении денег от иных банков, если передача денег последними преследует их размещение во вклад, а не для какого-то иного целевого использования банком-заемщиком.

В то же время банки вправе для использования в предпринимательских целях, не связанных с депозитной деятельностью (например, для обеспечения осуществления текущих платежей, для осуществления платежей при дебетовом сальдо корреспондентского счета, привлечения денег на специализированных рынках ссудного капитала и т. д.), привлекать деньги на основе договора займа от организаций, имеющих лицензию на осуществление заемных операций. В случае привлечения денег для целей, не связанных с предпринимательской деятельностью (например, для приобретения оборудования, зданий и иного имущества для собственных целей), банки должны использовать институт договора займа и не могут использовать договор банковского вклада.

Договор займа и договор банковского вклада, помимо различия в законодательном регулировании, существенно отличаются по степени абстракции целей привлечения денег. Договор займа предполагает привлечение денег для их конкретного использования, что обусловлено спецификой предмета займа в виде потребляемых вещей и передачи предмета займа в собственность заемщика с обязательством последнего возвратить аналогичные вещи того же рода и качества или сумму денег, равную полученному. К тому же по целевому займу цель использования предмета займа относится к существенному условию. В договоре банковского вклада цель привлечения денег остается за рамками договорного отношения. Безусловно, банк привлекает деньги для их использования и получения от такого использования прибыли, но это не является условием договора. Цель, с которой банк принимает от вкладчика деньги, в договоре отсутствует, и договор с точки зрения цели абстрактен. К тому же договор банковского вклада является реальным договором, поэтому при вступлении его в силу у вкладчика, исполнившего свои обязанности по передаче денег, имеются только лишь права, а у банка - только обязанности: банк обязуется выплачивать по принятым во вклад деньгам вознаграждение и

возвратить их вкладчику на условиях, оговоренных договором.

Договор займа и договор банковского вклада отличаются между собой по конструкции договора. Договор займа представляет собой разновидность договора по возмездной передаче имущества, а договор банковского вклада является разновидностью договора на оказание возмездных услуг, и принятие во вклад денег является одной из банковских услуг, несмотря на то, что в данном договоре вознаграждение, как правило, уплачивает банк. Последнее можно объяснить тем, что сама по себе деятельность по приему вкладов является не банковской предпринимательской деятельностью, а одной из технологических цепочек такой деятельности, именуемой депозитной, которая представляет собой не только привлечение денег, но и их дальнейшее использование путем размещения на платной основе среди третьих лиц. И вознаграждение вкладчику выплачивается не за собственно оказываемую банком услугу, а за обращение вкладчика именно в этот банк для размещения своих денег во вклад. При этом вознаграждение представляет собой часть дохода, который получит банк от дальнейшего использования предоставленных денег и которую банк уступает клиенту (в виде гарантированного вознаграждения по вкладу, независимого от результатов использования банком денег во вкладе) для привлечения денег во вклад.

Привлечение денег по договору банковского вклада без их дальнейшего размещения в виде кредитов - договора банковского займа, 416 договора купли-продажи, долговых ценных бумаг и иного инвестирования с целью получения прибыли - с экономической точки зрения абсурдно. В то же время дальнейшее платное размещение привлеченных денег в банковские вклады позволяют банкам выплачивать вознаграждение вкладчикам за счет полученного от такого использования дохода, и выплата вознаграждения по вкладам возникла в результате конкурентной борьбы банков за банковских клиентов - вкладчиков. И при принятии денег во вклад и дальнейшем их размещении банки фактически осуществляют услуги по посредничеству в размещении денег вкладчиков среди третьих лиц - окончательных пользователей деньгами вкладчиков. Единственно, в связи с унификацией этого посредничества в виде депозитной деятельности, банки оформляют привлечение денег и их дальнейшее размещение на основе самостоятельных договоров, в которых при приеме вкладов и выдаче кредитов они выступают от собственного имени, что обособляет эти договоры и исключает имущественную ответственность и риски вкладчика по договорам, заключаемым банком для дальнейшего размещения денег вкладчика. Аналогичная по экономической сущности деятельность по банковскому посредничеству при размещении денег клиента может осуществляться банками и на основе иных договоров, например, на основе договора доверительного управления деньгами клиента. Но в этом последнем случае банки выступают более явно в качестве посредников на рынке ссудного капитала. Применение иного договорного института обуславливает и иной субъектный состав, и иной предмет договора, и иные права и обязанности сторон по договору, и иной порядок распределения рисков и ответственности.

Одним из проблемных вопросов являются **права банка и вкладчика на переданные во вклад деньги**. Как и при договорах банковского счета и займа денег, вопрос перехода права собственности на передаваемые деньги по договору банковского вклада должен решаться в зависимости от использования **наличных или безналичных денег**. Безусловно, исходя из определения договора банковского **вклада** и из определения денег, выступающих всегда в наличной **форме**, по договору банковского вклада деньги должны вноситься в наличной форме. В то же время с учетом высокой ликвидности безналичных денег, аналогичной ликвидности наличных денег, во вклад могут приниматься и безналичные деньги по аналогии с порядком принятия наличных денег. При этом, конечно, необходимо в очередной раз оговориться, что безналичные деньги деньгами в собственном смысле этого слова не являются, а являются лишь особым банковским способом учета прав требования клиента к банку на получение **денег**. В силу определенных обычаев делового банковского оборота, публично-правовых функций государства по организации денежного оборота, обеспечивающих обращение безналичных денег по аналогии и наравне с наличными деньгами, сложившейся банковской техникой осуществления безналичных расчетов безналичные деньги стали неизменным атрибутом банковских отношений и обращаются в денежном обороте наравне с наличными деньгами - деньгами в собственном смысле этого слова.

При передаче наличных денег право собственности безусловно переходит от вкладчика банку, принявшему деньги во вклад. Переход права собственности на передаваемые деньги по договору банковского вклада аналогичен переходу права собственности при передаче наличных денег по договору банковского счета, по договору займа или любому иному договору, по которому происходит расчет наличными деньгами.

При использовании безналичных денег, на которые не может быть права собственности ни у вкладчика, ни у банка, никакой передачи права собственности не происходит¹. При внесении во вклад безналичных денег путем их перечисления с иного банковского счета происходит переход прав требования путем изменения записей по банковским счетам, в том числе и по корреспондентскому счету банка, обслуживающему вкладчика, и по корреспондентскому счету банка - получателя вклада. Например, при передаче безналичных денег во вклад обслуживающему вкладчика банку, происходит уменьшение прав требования вкладчика-клиента по его банковскому счету и увеличение собственных прав требований банка по его корреспондентскому счету к его собственному обслуживающему банку - банку-корреспонденту по договору корреспондентского ~~счета~~.

При передаче денег во вклад иного банка, чем обслуживающий вкладчика, происходит уменьшение прав требования по банковскому счету вкладчика в обслуживающем его банке, безналичное перечисление денег с использованием любой из приемлемых платежных систем (система прямых корреспондентских отношений, система корреспондентских счетов в Национальном банке или ином банке, осуществляющем корреспондентские отношения с различными банками; система электронных платежей, система клиринговых расчетов и т. д.). Например, перечисление суммы вклада с корреспондентского счета обслуживающего

банка, которое влечет уменьшение прав требования клиента к обслуживаемому банку, уменьшение прав требования обслуживаемого банка к его собственному банку-респонденту по договору банковского обслуживания и увеличение прав требования банка-получателя вклада к его собственному банку-респонденту.

В случае, если и банк, обслуживающий вкладчика по договору **банковского** счета, и банк-получатель вклада имеют одного банка- **респондента** (например, они оба имеют корреспондентский счет в **Национальном** банке), то изменение прав требования осуществляется банком-респондентом путем соответствующего изменения записей прав требования к себе по корреспондентским счетам обслуживаемого банка и банка-получателя вклада.

Имеются отличия в правах клиента по договору банковского счета и вкладчика по договору банковского вклада в отношении денег, переданных банку по соответствующему договору. По договору банковского счета у владельца счета сохраняется безусловное право распоряжения деньгами, находящимися на банковском счете, в том числе и для осуществления платежей третьим лицам. По договору банковского вклада у вкладчика такого права нет. К тому же, так как деньги, находящиеся во вкладе, обезличены, то ни о каком вещном праве на них со стороны вкладчика речи быть не может. У вкладчика сохраняется только обязательственное право - право требования возврата денег. Право распоряжения деньгами, переданными вкладчиками, принадлежит банку, который обязан вернуть вкладчику деньги и выплатить ему вознаграждение на условиях, предусмотренных договором. Во время действия договора банковского вклада банк не обязан выполнять какие-либо распоряжения вкладчика по предмету вклада. В силу абстрактности привлечения денег во вклад за рамками договорных отношений остается и сам процесс использования полученных банком денег. Поэтому банк вправе их использовать по своему усмотрению для кредитования третьих лиц, вложения денег в инвестиционные и иные долговые ценные бумаги или же использовать иным образом в своей предпринимательской деятельности с целью получения прибыли.

Общие положения о договоре банковского вклада. Сторонами договора банковского вклада являются банк и вкладчик. В качестве последнего вправе выступать как физические, так и юридические лица. В качестве банка стороной по договору банковского вклада вправе выступать организации, осуществляющие деятельность по приему депозитов на основе лицензии Национального банка Республики Казахстан.

Одной из главных характеристик любого договора является его **предмет**. Понятие предмета договора имеет двойное значение. Под предметом договора понимается как материальный предмет, по поводу которого заключается договор и который имеет наиболее тесную связь с правами и обязанностями сторон, так и предмет в гражданско- правовом смысле - в смысле предмета соглашения сторон, который, по нашему мнению, должен совпадать с объектом обязательства (правоотношения) и корреспондировать с содержанием обязательства - правами и обязанностями сторон. Материальным предметом договора банковского вклада, безусловно, являются **деньги**, передаваемые вкладчиком банку.

Для определения гражданско-правового предмета договора необходим предварительный анализ определения и правового регулирования договора банковского вклада.

Как отмечалось, договор банковского вклада считается заключенным **с момента поступления суммы вклада в банк**. С момента внесения денег вкладчик приобретает исключительное право требования выплаты вознаграждения и возврата вклада на условиях и в порядке, определенных договором. С этого момента все обязанности по договору (выплата вознаграждения и возврат вклада) возлагаются на банк. Поэтому предметом договора банковского вклада является оказание особой банковской услуги - **услуги банковского вклада**, представляющей собой объект обязательства банковского вклада - обязанность банка по приему вклада, по выплате вознаграждения и возврату вклада, а также корреспондирующие им права (требования) вкладчика.

В зависимости от условия о порядке возврата вклада как раз различаются вклады до востребования, срочные и условные.

Так, **вклад до востребования** предусматривает право требования вкладчика по возврату денег полностью или частично в любое время действия договора. По этой разновидности договора банковского вклада основными обязанностями банка являются обязанности по возврату вклада полностью или частично по первому требованию вкладчика и выплате вознаграждения в порядке и на условиях, предусмотренных договором.

По **срочному вкладу** вклад вносится на определенный срок и вкладчик вправе требовать возврата по истечении предусмотренного договором срока. По этой разновидности договора банковского вклада основными обязанностями банка являются обязанности банка по возврату вклада, как правило, полностью по истечении определенного

1 срока и выплате вознаграждения в порядке и на условиях, предусмотренных договором.

По условному вкладу деньги вносятся под условием их возврата ^{при наступлении} определенных обстоятельств, точнее - при наступлении определенного события или иного юридического факта, например, достижения ребенком совершеннолетия, регистрации юридического лица и т. д. По этой разновидности договора банковского вклада основными обязанностями банка являются обязанности банка по возврату вклада, как правило, полностью по наступлении определенного события и выплате вознаграждения в порядке и на условиях, предусмотренных договором.

Деление вкладов на вклад до востребования, срочный и условный вклад является довольно условным и не исчерпывает возможности установления иных смешанных видов вкладов. Например, договорами могут быть предусмотрены одновременно условия вклада до востребования, срочного и (или) условного вклада. Так, вклады, вносимые до наступления совершеннолетия ребенка, могут содержать в себе условия срочного вклада, так как такие вклады вносятся, как правило, на основе срочного вклада на один или полтора года при возможности его пролонгации необходимое число раз до наступления ребенком совершеннолетия. Вознаграждение по такому условному вкладу, как правило, выше чем вознаграждение по обычному

срочному вкладу, и выплата его обуславливается соблюдением вкладчиком условия о пролонгации срочного вклада до наступления совершеннолетия ребенка. Или, например, срочный вклад может содержать условие о праве вкладчика на возврат полностью или определенной части вклада в течение действия договора по первому требованию с начислением на сумму остатка денег по вкладу вознаграждения, предусмотренного для срочного вклада. Возможно заключение договора срочного вклада, в котором дополнительно к условию срока действия может быть предусмотрено обстоятельство, с наступлением которого вклад должен быть возвращен с начислением и выплатой предусмотренного вознаграждения в пересчете на действительный срок вклада. В ряде казахстанских банков практикуется вклад, содержащий частично условия срочного вклада и вклада до востребования, например, вклад "Универсальный" в банке АО "Казкоммерцбанк". Условиями такого вклада предусматривается условие о сохранении определенного неизменного остатка по счету в течение срока действия договора, при соблюдении которого на всю сумму денег по вкладу, включая превышающую неизменный остаток, будет начисляться вознаграждение, предусмотренное для срочного вклада. В отношении же превышающей необходимый остаток суммы применяются общие правила, предусмотренные для вкладчика по вкладу до востребования - вкладчик вправе пополнять вклад сверх неизменного остатка в любом размере и в любой периодичности, требовать возврата этих сумм в любое время полностью или частично по первому своему требованию и т. д.

В то же время любой банковский вклад может быть полностью или по своим отдельным условиям отнесен либо к вкладу до востребования, либо к срочному или условному вкладу. Соответственно, этот отдельный вид вклада полностью либо отдельные его условия должны подчиняться определенным нормам о договоре банковского вклада, предусмотренным для вклада до востребования, срочного или условного вклада.

Особой разновидностью договора банковского вклада является **договор банковского вклада в пользу третьего лица**, при котором стороны при заключении договора банковского вклада устанавливают, что исполнение обязанностей по возврату вклада и выплате вознаграждения производится не вкладчику, а третьему лицу, указанному в договоре. При этом договор банковского вклада в пользу третьего лица может заключаться как в отношении вклада до востребования, так и в отношении срочного или условного вклада либо иного другого его вида. Соответственно, основными обязанностями банка по договору банковского вклада в пользу третьего лица, помимо обязанностей банка по исполнению договора третьему лицу, будут являться и непосредственные обязанности банка по порядку возврата вклада и выплате вознаграждения.

Как уже упоминалось ранее, ГК предусматривает императивное право вкладчика на **досрочный возврат срочного вклада** или возврат условного вклада до наступления предусмотренного для возврата события, что также является случаем досрочного возврата вклада, так как срок условного вклада определяется наступлением определенного события. Это правило не распространяется на вклады, яв-

ляющиеся предметом залога и внесенные в банк в обеспечение обязательств вкладчика.

Право досрочного возврата вклада является условием договора банковского вклада, императивно предписанного для договора банковского вклада законодательством, что является развитием положений ст. 382 ГК о возможности определения содержания условий договора законодательством. Данное право императивно предписано законодательством исходя из публичных целей защиты банковских вкладчиков и не может быть отменено или исключено соглашением сторон либо каким-либо условием договора. Любое положение или условие договора, предусматривающее отказ вкладчика от права досрочного получения срочного вклада, а также условного вклада до наступления предусмотренного для возврата условия, является недействительным (п. 4 ст. 765 ГК). Право на досрочный возврат вклада, с точки зрения теории договорного права, является правом вкладчика на одностороннее изменение условий договора о порядке и сроках возврата вклада. При заявлении вкладчиком требования о досрочном возврате вклада условия договора о сроке возврата вклада считаются измененными и деньги должны быть возвращены в течение пятидневного льготного срока, предусмотренного для исполнения обязательства по возврату вклада для такого случая (п. 2 ст. 765 ГК).

Одностороннее изменение вкладчиком условий о порядке и сроке возврата вклада влечет, как правило, автоматическое изменение условий о размере вознаграждения по вкладу. В случае досрочного возврата срочного или условного вклада ставка вознаграждения по вкладу выплачивается в размере, установленном в этом банке по вкладу до востребования если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 757 ГК). Договором срочного или условного вклада могут быть предусмотрены иные размеры ставок вознаграждения на случай досрочного возврата вклада, как превышающие ставку вклада до востребования, так и более низкие по сравнению с ней.

Хотя в определении данного договора говорится об обязанности банка по приему от вкладчика денег, в силу императивного правила о реальности данного вида договора прием вклада является действием банка, корреспондирующим действиям вкладчика по передаче денег во вклад. Эти действия в совокупности необходимы для признания договора заключенным. До приема денег банком договор не может считаться заключенным, поэтому прием денег не может относиться к предмету договора или к обязанностям банка по данному обязательству, а является составляющим элементом юридического факта заключения договора.

Если в договоре банковского счета деньги остаются в распоряжении клиента-владельца счета, то по договору банковского вклада деньги поступают в распоряжение банка. Поэтому ведение учета денег по договору банковского вклада является внутренней, организационной обязанностью банка, но не каким-либо особым условием договора банковского вклада. Аналогичный внутренний учет денег или товаров осуществляется по различным договорам. Например, хранитель также ведет учет поступивших на хранение вещей, но этот учет никак не относится к правовым договорным отношениям, а является организационным действием хранителя. Покупатель до полного расчета с продавцом с момента получения

товара также ведет особый бухгалтерский учет долга. Поэтому учет денег по договору банковского вклада не является чем-то особенным. Банк, в силу требований банковского законодательства, обязан вести в соответствии с требованиями банковского законодательства отдельный учет денег вкладчика.

Несмотря на расхождения в сущности ведения учета денег по договору банковского счета и договору банковского вклада, законодателем административно предусмотрен фактически **единый порядок ведения учета** для этих договоров. Эта система учета осуществляется на основе присвоения каждому вкладчику **индивидуального идентификационного кода**, на основе которого производится учет денег, поступивших во вклад. Порядок присвоения индивидуального идентификационного кода определяется Законом о платежах и переводах денег и Инструкцией № 266. В соответствии с Законом о платежах и переводах денег для отражения договорных отношений между банком и клиентом по договору банковского вклада банк при заключении договора обязан открыть вкладчику сберегательный счет, по которому производится учет денег вкладчика. Номер сберегательного счета как раз и будет являться индивидуальным идентификационным кодом вкладчика. В соответствии с Инструкцией № 266 предусмотрен перечень документов при открытии сберегательного счета, фактически аналогичный перечню документов, предусмотренному для открытия текущего счета, как способа отражения договорных отношений по договору банковского счета.

Очень часто в юридической литературе при рассмотрении договора банковского вклада исследуются вопросы **признания или непризнания его в качестве публичного договора**. Правовое регулирование договора банковского вклада, как и договора банковского счета или договора о переводе денег, не имеет никаких оговорок о публичности договора. И это все при том, что банк, являясь коммерческой организацией, фактически сам устанавливает свои обязанности по договору банковского вклада на основе разработки правил по определенному виду вклада и типового стандартного договора для данного вида вклада. Вкладчики, как правило, обращаясь в банк, могут только присоединиться к предложенному договору в целом, хотя их отношения могут при этом оформляться отдельным двусторонним договором. К тому же, в силу смысла привлечения денег в депозит, банк обязан принимать деньги от любого, кто к нему обратится. Указание о публичном характере договора банковского обслуживания содер-

¹ См.: *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки. Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С/4-5. 424

жалось в первоначальном тексте ст. 387 ГК, измененной впоследствии Законом Республики Казахстан от 11 июля 1997 года "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам банковской деятельности". Но в связи с последующим исключением из законодательства указания о публичности договор банковского вклада не может быть признан таковым. При этом необходимо отметить, что, как правило, договор

банковского вклада в законодательстве ряда стран признается публичным. Например, в отличие от казахстанского, российское законодательство в ст. 426 Гражданского кодекса Российской Федерации имеет указание о признании публичным договора банковского вклада, где вкладчиком является гражданин. Договор банковского вклада не может быть признан публичным лишь в силу обязанности банка по раскрытию общих условий проведения определенной банковской операции в соответствии с требованиями ст. 32 Закона о банках и банковской деятельности, так как в соответствии с той же статьей информация о проведении конкретной банковской операции отнесена к банковской или коммерческой тайне. При этом в банковском законодательстве не предусмотрены какие-либо ограничения по праву отказа банка в заключении договора банковского вклада с обратившимся к нему за этим каким-либо лицом. В этой ситуации право лица, обратившегося в банк за заключением договора банковского вклада, обеспечивается только лишь конкурентной борьбой в сфере банковских услуг, но не обеспечивается как-либо в законодательном порядке.

Форма и условия договора банковского вклада. Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме. Соблюдение письменной формы договора определяется по общим правилам, предусмотренным ст. 152 ГК, банковским законодательством и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Так, например, в силу реальности договора банковского вклада выдача банком письменного документа, подтверждающего получение денег во вклад и содержащего необходимые сведения для определенного вида вклада, будет отвечать требованиям о совершении договора в письменной форме, так как из этого документа можно определить обязанности банка и соглашение сторон по всем существенным вопросам договора. В качестве такого документа могут выступать вкладные книжки, сертификаты о вкладе и т. д. Необходимо отметить, что в настоящее время на практике оформление договора банковского вклада осуществляется преимущественно на основе двустороннего договора стандартной формы, разрабатываемой банками для определенных видов вкладов.

Несоблюдение письменной формы договора банковского вклада влечет его недействительность (п. 3 ст. 758 ГК).

В нормах ГК, посвященных правовому регулированию договора банковского вклада, не содержится отдельной статьи, посвященной существенным условиям договора. В то же время для отдельных видов банковских вкладов законодательством предусмотрены требования по согласованию определенных условий при заключении договора. Поэтому, при определении существенных условий договора банковского вклада необходимо руководствоваться общими нормами об условиях договора, предусмотренными ст. ст. 382, 388 и 393 ГК, а также специальными нормами о существенных условиях отдельных видов договора банковского вклада.

В соответствии с общими нормами ГК существенными условиями договора банковского вклада являются **условия о предмете договора**. Помимо указания о виде вклада договор банковского вклада должен содержать условия о правах и обязанностях сторон, позволяющих определить предмет договора. Существенными условиями, признанными таковыми законодательством, будут все те условия, которые относятся к определению предмета договора. Соответственно, существенным условием будут являться условие **о сроке действия договора** срочного вклада, а также условие об **обстоятельствах условного вклада**, наступление которых обуславливают возврат вклада.

Договор банковского вклада в пользу третьих лиц должен также иметь **указание имени гражданина или наименования юридического лица**, в пользу которого вносится вклад. В соответствии с правовым регулированием договора банковского вклада указание лица, в чью пользу вносится вклад, признается существенным условием для договора банковского вклада в пользу третьих лиц. Отсутствие указания лица, в чью пользу вносится вклад, может служить основанием для признания договора недействительным в связи с несоблюдением требований по содержанию сделки - недостижения соглашения по существенному условию, предусмотренному законодательством для данного вида договора. При этом, конечно, внесенные во вклад деньги должны быть возвращены лицу, внесшему деньги во вклад, при исполнении стороной обязанности по возврату другой стороне всего полученного по недействительной сделке.

При заключении договора банковского вклада в пользу третьего лица документ, удостоверяющий сделанный вклад (договор, вкладная книжка, вкладной сертификат и т. д.), может быть по требованию вкладчика изначально оформлен на имя определенного им третьего лица.

382

/1

В соответствии с п. 2 ст. 758 ГК при заключении договора **вкладчик-гражданин вправе указать лиц, которым в случае его смерти должен быть выдан вклад**. Данная норма, устанавливающая право распоряжения вкладчиком деньгами после своей смерти путем их передачи третьим лицам, противоречит нормам ГК о наследовании. Безусловно, смерть вкладчика-гражданина не влечет прекращения договора банковского вклада, так как по этому договору личность вкладчика не имеет существенного значения для банка-должника, и права (требования) вкладчика не относятся к правам,

которые в соответствии со ст. 340 ГК не могут переходить к другим лицам. При смерти вкладчика права кредитора должны, по общим правилам, переходить в соответствии со ст. 344 ГК к другому лицу в порядке универсального правопреемства, одним из случаев которого является наследование имущества умершего.

В соответствии с общими нормами о наследовании наследованием является сам переход имущества умершего к другому лицу. Наследование возможно по завещанию и (или) закону. При этом законодателем установлены определенные требования по письменной форме завещания - прижизненному волеизъявлению гражданина по распоряжению принадлежащим ему имуществом на случай смерти. Завещание должно быть совершено в письменной форме и нотариально удостоверено в строго определенном порядке. Несоблюдение формы и порядка составления завещания является основанием признания его недействительным. Такая недействительность может быть признана только судом по иску заинтересованного лица. Помимо этого, нормы о наследовании предусматривают императивные правила о порядке наследования по закону, в соответствии с которыми определяются порядок наследования и обязательные доли определенной категории наследников, например, несовершеннолетних и нетрудоспособных детей, а также нетрудоспособных супругов и родителей умершего.

В связи с вышеизложенным возникает коллизия норм о праве вкладчика распорядиться о выдаче вклада определенному им в договоре лицу и о правах наследников по завещанию и (или) закону. Неясно также в соответствии с нормами о банковском вкладе и о наследовании, является ли распоряжение вкладчика о выдаче после его смерти денег определенному третьему лицу видом завещания? По своей сущности такое распоряжение определенного лица об использовании имущества после смерти является завещанием - волеизъявлением гражданина по распоряжению принадлежащим ему имуществом на случай смерти. В то же время признание такого распоряжения завещанием влечет внутреннее противоречие норм ГК, в одних из которых предусматривается в императивном порядке форма и поря-

док составления завещания, а в других в нарушение этих правил предусматривается иная форма и порядок его совершения. Безусловно, данное противоречие должно быть в законодательном порядке разрешено: либо путем признания такого распоряжения вкладчика завещанием и отнесения его к приравненным к нотариально удостоверенным; либо приведением порядка совершения такого распоряжения к требованиям, предъявляемым к завещаниям; либо исключением этого права вкладчика и распространением на случай смерти вкладчика общих норм о наследовании; либо изменением норм о наследовании и о составе наследства для исключения из него денег по договору банковского вклада, имеющему указания вкладчика о порядке распоряжения вкладом на случай своей смерти.

Но в настоящее время, в соответствии с содержанием норм о договоре банковского вклада и о наследовании, необходимо признать, что вкладчик вправе указать в договоре банковского вклада лиц, которым должен быть возвращен вклад в случае его смерти. И это является одной из форм завещания - прижизненного распоряжения своим имуществом на случай смерти, хотя и не оформленного надлежащим образом. Однако банк при выдаче такого вклада должен соблюдать нормы о наследовании. При этом наследники по надлежаще оформленному завещанию и (или) закону вправе обратиться в суд о признании недействительным такого распоряжения вкладчика, как не отвечающего требованиям о форме и порядке составления завещания и затрагивающего имущественные права наследников в соответствии с нормами о наследовании.

Соглашением сторон в договоре банковского вклада могут быть предусмотрены любые иные не обязательные с точки зрения законодательства условия, которые также будут относиться к существенным условиям договора. Например, сторонами могут быть согласованы, с соблюдением некоторых императивно установленных законодательством требований, порядок вступления договора в действие, условия о сроке действия договора, о размере и порядке выплаты вознаграждения, о порядке внесения и возврата вкладов, о дополнительно оказываемых банком услугах, о тарифах и порядке оплаты этих дополнительных услуг и т. д.

Срок действия договора банковского вклада. Договор банковского вклада вступает в действие с момента внесения вкладчиком денег во вклад вне зависимости от вида вклада или иных его условий. Стороны вправе только лишь предусмотреть отдельные модификации данного правила, например, предусмотреть вступление в силу договора с момента внесения первого вклада, внесения части вклада и т. д.

В то /

же время условие о сроке действия договора решается по разному в зависимости от вида вклада.

Договор банковского вклада до востребования является бессрочным (п. 2 ст. 759 ГК). Само обязательство банка по этому виду договора является длящимся. Банк не вправе в одностороннем порядке требовать прекращения договора либо отказаться от исполнения договора, несмотря на отсутствие в договоре указания о сроке его действия. Банк не вправе воспользоваться правом на односторонний отказ от договора, предусмотренный п. 3 ст. 404 ГК, так как условие о бессрочности договора банковского вклада до востребования предписано императивно законодательством для этого вида договора. Отсутствие денег на вкладе не является, по общему правилу, основанием для прекращения договора банковского вклада до востребования. Договор банковского вклада до востребования может быть прекращен по заявлению вкладчика или при отсутствии в течение одного года денег по вкладу, сделанному юридическим лицом, либо трех лет по вкладу, сделанному гражданином, если только иное не предусмотрено договором.

Так как сущностью договора срочного вклада является передача вклада на определенный срок, а сущностью условного вклада - передача вклада до наступления определенных обстоятельств, то, соответственно, сроком действия указанных договоров будет определенный договором срок или срок, определяемый как период между заключением договора и наступлением обусловленных обстоятельств. В то же время истечение срока действия договора срочного вклада или договора условного вклада не является, по общему диспозитивному правилу, основанием для прекращения обязательств сторон по договору в соответствии с п. 3 ст. 386 ГК. В случае, когда вкладчик не истребует сумму срочного вклада после истечения его срока, а также сумму условного вклада после наступления тех обстоятельств, с которыми договор условного вклада связывает возврат вклада, договор банковского вклада считается продленным на условиях вклада до востребования, если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 759 ГК). Данное условие предписано законодательством для договора банковского вклада. Поэтому при умолчании сторон оно действует как условие договора, согласованное сторонами при его заключении. В то же время стороны могут в договоре по-иному решить эту ситуацию, например, предусмотреть прекращение прав и обязанностей сторон по договору, предусмотреть пролонгацию договора на новый срок на тех же условиях и т.д.

Вознаграждение по договору банковского вклада. При заключении договора банковского вклада стороны, как правило, договари-

вают условия о размере (ставке) вознаграждения, периоде и сроках начисления вознаграждения, порядке его начисления и выплаты.

Банк выплачивает вознаграждение на сумму вклада **в размере, определяемом в договоре**. Отсутствие в договоре условия о вознаграждении не влечет изменения сущности договора банковского вклада и не является признанием того, что договор заключен под условием исключения выплаты вознаграждения. Сущностью договора банковского вклада является привлечение денег во вклад под условием выплаты банком вознаграждения по вкладу. Если в договоре по каким-либо причинам условие о вознаграждении не указано, на банк, несмотря на это, возлагается выплата вознаграждения.

К тому же условие о размере вознаграждения не является существенным и его отсутствие не влечет недействительность договора. Договор банковского вклада относится к возмездным договорам. Размер вознаграждения является ценой договора банковского вклада. В случае отсутствия в договоре банковского счета условия о размере вознаграждения должны применяться общие правила о порядке определения цены возмездного договора, предусмотренные в п. 3 ст. 385 ГК. В этом случае размер вознаграждения должен определяться по размеру вознаграждения аналогичного договора банковского вклада, заключенного тем же или иным банком на сравнимых с определяемым договором условиях - тот же предмет договора, тот же срок срочного вклада, те же обстоятельства условного вклада (вклада до достижения совершеннолетия, вклада для оплаты обучения в учебном заведении и т. д.) или аналогичные иные условия.

Размер вознаграждения может быть определен **различными способами** - путем установления фиксированной или плавающей ставки, путем закрепления в договоре способа определения вознаграждения и т. д. В соответствии с устоявшейся практикой и обычаями делового оборота в банковской деятельности размер вознаграждения, как правило, указывается в **фиксированном процентном соотношении к сумме вклада** с указанием срока, из расчета которого устанавливается процент. Как правило, размер вознаграждения устанавливается в процентном соотношении к сумме вклада из расчета годовичного срока действия договора. Например, в договоре со сроком действия в шесть месяцев может быть предусмотрено вознаграждение в размере 6 % годовых, начисляемое на сумму вклада, что означает начисление вознаграждения за шесть месяцев в размере 3 % от суммы вклада. В то же время в договоре со сроком действия шесть месяцев может быть прямо предусмотрено условие о начислении 3 % от суммы вклада в качестве вознаграждения за предоставление вклада в соответствии с этим договором. Нет никаких ограничений для указания размера вознаграждения в определенной фиксированной денежной сумме или установления иного порядка определения размера вознаграждения.

Условиями договора банковского вклада может быть предусмотрено начисление вознаграждения в установленном процентном отношении к сумме вклада в течение срока действия договора, то есть применение так называемых простых процентов. В то же время, в случае, если договором предусматривается периодическое (ежедневное, ежемесячное и т. д.) начисление вознаграждения и присоединение

начисленного размера к сумме вклада, возможно применение так называемых сложных процентов, при которых установленная ставка вознаграждения применяется и к присоединенному к вкладу размеру вознаграждения, вследствие чего реальный размер вознаграждения по отношению к первоначальной сумме вклада фактически является выше установленного в договоре размера вознаграждения.

В договоре может быть предусмотрено право на одностороннее изменение размера вознаграждения в зависимости от каких-либо обстоятельств, например, изменения уровня инфляции, ставки рефинансирования Национального банка, изменения курса определенной валюты и т. д. На практике в договорах банковского вклада предусматривается право банка изменять условие о размере вознаграждения без какого-либо указания на обстоятельства, с наступлением которых возможно такое изменение. Конечно, такая оговорка в договоре не дает право банку по своему усмотрению без всяких причин уменьшать размер вознаграждения, так как это будет противоречить принципу добросовестности, разумности и справедливости действий участников гражданских отношений, принципам нравственности, противоречить правилам деловой этики предпринимателей и будет являться злоупотреблением со стороны банка правом, предоставленным договором. Вкладчик при несогласии с уменьшением размера вознаграждения вправе оспорить его, а также потребовать возмещения убытков, в том числе и упущенной выгоды, в связи с злоупотреблением банком своим правом на изменение размера вознаграждения. В случае, если договором банковского вклада не предусмотрено право банка на изменение размера вознаграждения, банк не вправе его изменять в одностороннем порядке.

В зависимости от предусмотренного договором права банка на изменение размера вознаграждения возможно установление не фиксированного, а плавающего размера вознаграждения, в соответствии с которым этот размер изменяется банком в зависимости от каких-либо обстоятельств (ставка рефинансирования Нацбанка, уровень инфляции, изменение курса определенной валюты, изменение цены на определенный товар и т. д.). Обстоятельства, в связи с которыми могут изменяться плавающие размеры вознаграждения, должны быть законными, объективными и возможными.

Вознаграждение начисляется **с даты заключения договора** - внесения вкладчиком денег в банк, **до окончания срока действия договора**. При этом периодичность и порядок начисления и выплаты вознаграждения определяется, как правило, условиями договора. В случае отсутствия этих условий применяются нормы о договоре банковского вклада, которые имеют особенности в зависимости от вида вклада.

Вне зависимости от вида вклада в случае, если договором не предусмотрено иное, вознаграждение должно начисляться ежеквартально и выдаваться вкладчику по его требованию по окончании отчетного квартала. Сумма начисленного и невостребованного ежеквартально начисляемого вознаграждения должна направляться банком на увеличение суммы вклада, на которое начисляется предусмотренное договором вознаграждение. Окончательный расчет по выплате вознаграждения при этом осуществляется, как правило, при возврате вклада. При возврате вклада вкладчику вместе с суммой вклада, увеличенной за

счет не востребовавшихся ежеквартально начисляемых сумм вознаграждения, должно быть выплачено все причитающееся ему к этому моменту вознаграждение со всей суммы вклада.

При этом, по договору банковского вклада до востребования вкладчик имеет безусловное право получения причитающегося ему вознаграждения по вышеуказанным правилам отдельно от вклада. В то же время на практике, как правило, сумма вознаграждения по договору банковского вклада до востребования не истребуется вкладчиком отдельно от вклада. Сумма начисленного и не востребовавшегося вознаграждения по договору вклада до востребования увеличивает сумму вклада. Вкладчик по договору банковского вклада до востребования вправе истребовать с вклада любую сумму денег, в том числе и сумму начисленного вознаграждения, в любое время по своему усмотрению, что делает ненужным ежеквартальное получение вознаграждения по вкладу до востребования отдельно от вклада.

По срочному вкладу вкладчик вправе, по общему правилу, получать ежеквартально начисленное вознаграждение по вышеуказанным исполняющим правилам только частично, в размере вознаграждения, обычно начисляемого банком по вкладу до востребования. Остальную сумму вознаграждения вкладчик вправе получить при окончании срока вклада. При этом вкладчик по окончании срока договора срочного вклада вправе получить начисленное вознаграждение отдельно от суммы вклада и вне зависимости от того, истребует он вклад или нет. В то же время договором срочного вклада может быть установлен иной порядок получения вкладчиком сумм вознаграждения отдельно от суммы вклада. Например, может быть предусмотрена выплата вознаграждения только по истечении срока вклада, либо, наоборот, может быть предусмотрено правило начисления и выплаты вознаграждения в определенной периодичности отдельно от получения суммы вклада.

По условным вкладам вкладчик не вправе получать вознаграждение отдельно от суммы вклада, если иное не предусмотрено договором. В то же время, если договором условного вклада не установлена периодичность начисления вознаграждения и порядок использования начисленного до окончания срока договора вознаграждения, то в отношении условного вклада должны применяться нормы о договоре банковского вклада о ежеквартальном начислении вознаграждения и увеличении суммы вклада за счет не востребовавшихся сумм начисленного вознаграждения.

Также необходимо отметить, что предусмотренный порядок начисления ежеквартального вознаграждения на практике применяется довольно редко, так как в договорах банковского вклада²⁸⁸ как правило, прямо предусматриваются иные условия по порядку и периодичности начисления и выплаты вознаграждения.

Как правило, исчисление и выплата вознаграждения осуществляется по истечении определенного договором периода времени. В то же время условиями договора может быть предусмотрена выплата вознаграждения авансом в момент заключения договора. При авансовой выплате вознаграждения по срочному и условному вкладам и досрочном их возврате может быть предусмотрен перерасчет вознаграждения и удержание переплаченной суммы вознаграждения из суммы возвращаемого вклада.

При любом порядке начисления и выплаты вознаграждения при полном возврате вклада вкладчику должны быть выплачены все причитающееся ему к этому моменту вознаграждение (п. 5 ст. 761 ГК). Данная норма сформулирована императивно и не может быть изменена по соглашению сторон. Данное правило применяется и в случае досрочного возврата срочного или условного вклада с учетом, естественно, положений о порядке исчисления размера вознаграждения для этих случаев.

Внесение вкладов. Вкладчик имеет право, по общему правилу, вносить вклады как **наличными деньгами**, так и путем **безналичных переводов** (п. 1 ст. 762 ГК). В то же время условиями договора может быть предусмотрено внесение вклада только наличными деньгами либо только путем перечисления безналичных денег, либо могут быть предусмотрены иные особенности договора в зависимости от внесения во вклад наличных или безналичных денег, например, предусмотрен возврат вклада в той форме (в наличной или безналичной), в какой был внесен вклад, предусмотрена комиссия для получения вклада в наличной форме при внесении во вклад безналичных денег и т. д.

Порядок внесения вклада имеет некоторые особенности в правовом регулировании в зависимости от вида вклада (п. 2 ст. 762 ГК).

При вкладе до востребования деньги могут вноситься вкладчиком отдельными взносами в любых суммах и в любой периодичности.

При срочных и условных вкладах деньги вносятся вкладчиком, по общему правилу, в виде разового взноса, но может быть предусмотрен иной порядок внесения вклада, например, предусмотрена возможность периодического пополнения вклада, пополнение вклада определенной суммой денег и т. д. В настоящее время в банковской практике применяется множество разновидностей банковских вкладов, которые разрабатываются с целью привлечения новых вкладчиков путем предложения более выгодных условий договора. Например, на практике казахстанскими банками предлагаются вкладчикам разновидности срочных вкладов, предусматривающих возможность пополнения вклада в любой периодичности и в любом размере с начислением вознаграждения на всю сумму вклада, предусмотренного. Как правило, такие разновидности условных вкладов, как вклад до достижения ребенком совершеннолетия, предлагаются большинством банков Казахстана с условием возможности пополнения вклада без ограничения суммы в любой периодичности.

По общему правилу, деньги во вклад вносятся самим вкладчиком. При заключении договора вкладчик обязан внести вклад лично, так как это является его обязанностью по договору банковского вклада. Безусловно, допускается внесение вклада третьими лицами от имени вкладчика, когда третьи лица действуют в качестве представителей по закону или по доверенности.

В случае внесения денег представителями права, обязанности возникают у представляемого, и действия представителей считаются действиями представляемых. При заключении договора банковского вклада представителем в интересах представляемого, представитель также вправе вносить от имени представляемого деньги во вклад. В большинстве случаев договоры банковского вклада до

достижения совершеннолетия заключаются законными представителями несовершеннолетних. В этих случаях договор относится к срочным вкладам, по которым вкладчиком является несовершеннолетний гражданин, за отсутствием дееспособности которого договор заключается его представителем. Представитель несовершеннолетнего осуществляет все полномочия представляемого, в том числе при необходимости - 434, сти осуществляет право на досрочный возврат вклада. В то же время, при заключении договора третьими лицами, не являющимися представителями несовершеннолетнего, либо при заключении договора вклада третьими лицами, родителями или опекунами несовершеннолетнего от своего имени под условием выдачи вклада этому несовершеннолетнему по достижении им совершеннолетия, такой договор будет относиться к договору в пользу третьего лица.

Исполнение требований третьих лиц о зачислении денег во вклад определенного вкладчика не относится к условиям договора банковского вклада и может выполняться банком как дополнительная услуга или дополнительное условие по договору. Возможность внесения денег во вклад третьими лицами в период действия договора решается правовым регулированием договора банковского вклада по-разному, в зависимости от вида вклада и его условий.

Как правило, по договору банковского вклада до востребования предусматривается обязанность банка по принятию поступивших в пользу вкладчика денег от третьих лиц при указании ими данных об индивидуальном идентификационном коде вкладчика и внесении этих денег во вклад, то есть допускается внесение денег во вклад третьими лицами (ст. 763 ГК). Третьи лица вправе вносить деньги в срочный или условный вклад, только если это предусмотрено условиями договора. Необходимо отличать случаи внесения денег во вклад третьими лицами от договора банковского вклада в пользу третьего лица. В последнем случае сторона вносит деньги не в существующий вклад, а для заключения нового договора банковского вклада.

Вклады в пользу третьих лиц (ст. 764 ГК). Договор банковского вклада в пользу третьего лица является разновидностью договора в пользу третьего лица, урегулированного ст. 391 ГК. При этом правила ст. 391 ГК применяются к договору банковского вклада в пользу третьего лица, если это не противоречит правилам ст. 764 ГК.

Необходимо отметить, что вклад в пользу третьего лица не является классическим видом договора в пользу третьего лица. В отличие от договора в пользу третьего лица, по которому третье лицо, как правило, выступает в качестве выгодоприобретателя, не выступающего стороной по договору и не становящегося им в ходе исполнения договора, по договору банковского вклада в пользу третьего лица изначально предполагается, что третье лицо должно стать вкладчиком по заключаемому договору. То есть третье лицо по такому вкладу становится не выгодоприобретателем, а приобретает права стороны по договору. Скорее, к банковскому вкладу в пользу третьего лица в соответствии со ст. 764 ГК более применимы и более близки нормы о действии в чужом интересе без поручения, чем нормы о договоре в пользу третьего лица.

По договору банковского вклада в пользу третьего лица определенное лицо вносит вклад в банк на имя другого определенного третьего лица. Внесение вклада на имя третьего лица означает воле-

изъявление лица, внесшего вклад, о предоставлении прав вкладчика по договору этому третьему лицу.

Указание в данном виде договора банковского вклада имени гражданина или наименования юридического лица, в пользу которого вносится вклад, является существенным условием договора. ГК предусматривает также императивное правило о недействительности договора при его заключении в пользу гражданина, умершего к моменту заключения договора, либо в пользу юридического лица, несуществующего в момент заключения договора (п. 1 ст. 764 ГК).

Правомочия лица, внесшего вклад, в период действия договора отличаются в зависимости от вида сделанного вклада. По вкладу до востребования и срочному вкладу с момента заключения договора вне зависимости от волеизъявления третьего лица, в чью пользу внесен вклад, лицо, внесшее вклад, теряет все правомочия по договору за единственным исключением. Это лицо вправе воспользоваться правами вкладчика в случае письменного отказа третьего лица, в чью пользу внесен вклад, от прав вкладчика. До поступления такого отказа лицо, внесшее вклад, не имеет никаких прав по сделанному им вкладу, в том числе не вправе требовать изменения или расторжения договора банковского вклада в пользу третьего лица. Это правило исключает предусмотренную п. 2 ст. 391 ГК возможность изменения или расторжения договора в пользу третьего лица по соглашению сторон, его заключившего, до момента выражения третьим лицом намерения воспользоваться своим правом по договору. С момента выражения третьим лицом намерения воспользоваться своим правом вкладчика по договору банковского вклада в пользу третьего лица лицо, внесшее вклад, теряет все права по данному договору, содержащему условия срочного вклада или вклада до востребования. Выражение третьим лицом своего намерения воспользоваться своим правом вкладчика может иметь различные формы: письменное заявление об этом, обращение в банк с требованием о выплате вознаграждения или выдаче вклада, иные действия, связанные с банковским вкладом и подтверждающие намерение третьего лица воспользоваться правами вкладчика. С момента выражения третьим лицом своего намерения воспользоваться правом вкладчика по договору ему принадлежат все права вкладчика, в том числе и право досрочного возврата вклада.

Существенные особенности имеются в правомочиях лица, внесшего вклад, по условному вкладу, а также вкладчика - третьего лица. Безусловно, третье лицо вправе распоряжаться условным вкладом при соблюдении предусмотренных договором условий - наступлении определенных обстоятельств. Для получения условного вклада третье лицо должно представить необходимые доказательства, объективно подтверждающие наступление обусловленных обстоятельств, которые могут быть выражены в определенных документах, справках и иных официальных актах государственных органов или в иных формах. Порядок подтверждения может быть предусмотрен договором, например, в виде определенного перечня доказательств, необходимых для получения вклада.

С наступлением предусмотренных договором обстоятельств лицо, внесшее вклад, теряет все права на вклад. Но до наступления этого обстоятельства предусмотрены определенные правомочия вносителя

вклада, позволяющие ему определять судьбу последнего.

Например, при внесении условного вклада в пользу третьего лица под условием использования вклада для оплаты обучения в ВУЗе, третье лицо вправе распоряжаться вкладом только в соответствии с условиями договора - с наступлением срока оплаты своего обучения в ВУЗе использовать деньги для этих целей. И третье лицо не вправе, по общему правилу, использовать деньги во вкладе для иных личных целей, например, для покупки дома, машины, оплаты коммунальных услуг и т.д. В то же время третье лицо вправе использовать вклад до наступления определенных договором обстоятельств (в том числе и для иных, чем предусмотрено договором, целей) с согласия лица, внесшего вклад. Право распоряжения третьим лицом вкладом до наступления предусмотренного договором обстоятельства вытекает из права вкладчика на досрочный возврат срочного или условного вклада.

Помимо этого лицо, внесшее вклад, имеет право до наступления обусловленного договором обстоятельства изменить установленное им условие в случае, если третьим лицом не представлен документ, подтверждающий наступление предусмотренного договором условия для выдачи вклада. Оно вправе также распорядиться вкладом, в том числе и получить его, в случае невосполнения третьим лицом условия, с которым связывается возврат вклада. Например, лицо, внесшее условный вклад в пользу третьего лица, установило, что вклад выдается третьему лицу по окончании им определенного учебного заведения в течение определенного периода времени. Третье лицо для получения вклада должно предоставить в установленный период времени документ, подтверждающий окончание этого учебного заведения. При непредоставлении документа лицо, внесшее вклад, вправе изменить условие вклада, например, увеличить срок для представления документа, либо воспользоваться своим правом на распоряжение вкладом в связи с неисполнением третьим лицом условия договора.

Смерть третьего лица, в чью пользу внесен условный вклад до наступления предусмотренных договором обстоятельств для выдачи вклада дает право лицу, внесшему вклад, распорядиться вкладом по своему усмотрению, в том числе получить его обратно, определить иное третье лицо либо предоставить права третьего лица по этому договору правопреемникам умершего. Данное право на распоряжение вкладом в случае смерти третьего лица установлено исходя из того, что личность третьего лица имеет существенное значение для вноси тела вклада.

Возврат вкладов. Возврат вклада относится к одной из обязанностей банка по договору банковского вклада. По договору банковского вклада до востребования банк обязан вернуть вклад полностью или частично по первому требованию вкладчика. Возможность возврата предмета вклада полностью или частично по первому требованию вкладчика вытекает, как уже указывалось, из содержания договора банковского вклада до

востребования и является сущностью этого вида вклада.

Банк обязан вернуть вклад по истечении срока срочного вклада или при наступлении обстоятельств условного вклада, с наступлением которых условиями договора связывается возврат вклада. В то же время ст. 765 ГК предусмотрены особенности возврата срочного вклада и условного вклада по сравнению с общими нормами о действии договора, предусмотренными ст. 386 ГК.

Возврат срочного и условного вклада производится, как правило по требованию вкладчика. Если иное не предусмотрено условиями срочного или условного вклада, банк не вправе требовать от вкладчика получения вклада по окончании срока срочного вклада или при наступлении обусловленных для возврата вклада обстоятельств условного вклада, а вкладчик не обязан этого делать. По общему правилу, если вкладчик не истребует сумму срочного вклада по истечении его срока, а также сумму условного вклада после наступления тех обстоятельств, с которыми договор условного вклада связывает возврат вклада, договор срочного вклада или договор условного вклада считается продленным на условиях вклада до востребования. Данное правило применяется при умолчании сторон при заключении договора. Договором могут быть предусмотрены иной порядок или иные последствия при непредъявлении вкладчиком требования по возврату условного или срочного вклада. Может быть, например, предусмотрено условие об обязанности вкладчика получить вклад по окончании 438'

срочного или условного вклада, о прекращении прав и обязанностей сторон по договору по окончании срока срочного вклада или наступлении обусловленного обстоятельства условного вклада, о продлении договора на новый срок на тех же первоначальных условиях и т. д.

Как уже упоминалось, вкладчик по срочному или условному вкладу, за исключением залога вклада и внесения денег в обеспечение обязательств вкладчика, имеет право на досрочное прекращение договора в любое время его действия. При этом п. 2 ст. 765 ГК установлен особый срок для исполнения банком требования вкладчика о досрочном возврате срочного вклада или возврате условного вклада до наступления обусловленного договором обстоятельства. Банк обязан исполнить такие требования не позднее пяти дней с момента предъявления требования. В то же время необходимо отметить, что досрочный возврат срочного или условного вклада влечет за собой, как правило, перерасчет вознаграждения по ставке вклада до востребования за весь срок вклада. Разница между ставкой вознаграждения по срочному или условному вкладу и ставкой вознаграждения по вкладу до востребования в принципе покрывает убытки банка в связи с односторонним изменением вкладчиком условий договора. Поэтому на практике, как правило, вклад выдается банком немедленно, без применения пятидневного льготного срока.

В случае невыполнения банком требования вкладчика о досрочном возврате срочного или условного вклада в установленный законодательством пятидневный срок либо при просрочке в его выдаче, перерасчет ставки вознаграждения не производится, и банк обязан выплачивать вознаграждение по установленной договором ставке до момента фактического возврата вклада. В связи с этим

необходимо отметить, что в соответствии со ст. 187 ГК на требования вкладчиков к банку о выдаче банковских вкладов исковая давность не распространяется. Но в отличие от требований банков по договорам банковского займа, исковая давность не распространяется только на требования о выдаче вкладов. Это правило не относится к требованиям вкладчиков по выплате вознаграждения. На эти требования распространяются общие сроки исковой давности.

Как правило, вклад возвращается в той же валюте, в какой он был внесен вкладчиком. Возможность или обязанность возвращения вклада в иной валюте, чем внесенная, может быть предусмотрена законодательными актами, договором банковского вклада или дополнительным соглашением сторон (п. 5 ст. 765 ГК).

Необходимо отметить, что Законом Республики Казахстан от 29 марта 2000 года "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан" ст. 765 ГК была дополнена пунктом 6-1, в соответствии с которым правила ст. 765 ГК о порядке возврата вклада не распространяются на вклады, являющиеся предметом залога и внесенные в банк в обеспечение обязательств вкладчика. Смысл этой нормы заключается в том, что при залоге банковского вклада, который условно можно назвать залоговым вкладом, не применяется превентивное императивное правило о возможности досрочного возврата срочного вклада или условного вклада по любому требованию вкладчика. По вкладу до востребования, являющемуся предметом залога, вкладчик также теряет право получения денег по любому своему требованию. Это означает, что при "залоговом" вкладе вкладчик в период действия условия об обеспечении вкладом своих обязательств перед третьим лицом не вправе распоряжаться деньгами, если, конечно, иное не предусмотрено договором об обеспечении.

Необходимо отметить дискуссионность вопроса о допустимости залога денег, в том числе залога банковских вкладов и банковских счетов. При этом никаких проблем не возникает при залоге иностранной валюты либо вкладов в иностранной валюте, так как в соответствии с гражданским, банковским и валютным законодательством единственным законным платежным средством, то есть деньгами, на территории Республики Казахстан признается национальная валюта, а иностранная валюта не признается деньгами в собственном смысле этого слова и выступает в имущественном обороте Казахстана в качестве товара - валютных ценностей. Залог иностранной валюты ничем не отличается от залога иного товара, и при залоге иностранной валюты, как правило, основное обязательство обеспечивается стоимостью этой валюты, которая должна быть реализована по правилам реализации предмета залога. Основная дискуссия возникает в отношении залога денег - национальной валюты, являющейся законным платежным средством на территории Республики Казахстан, что обуславливает невозможность реализации заложенных денег.

Возможность использования денег в качестве предмета залога закреплена в ст. ст. 301, 303 ГК. В казахстанской юридической литературе исследователями залога на основе законодательного закрепления денег в качестве предмета залога отмечается возможность залога денег. Залог денег традиционно применяется в банковской практике, в

том числе в виде залога банковских вкладов и банковских счетов. Но договор залога денег имеет существенные особенности, которые заключаются в переходе к залогодержателю прав на деньги, а не на реализацию предмета залога при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязанностей должником по обеспеченному таким залогом основному обязательству.

При залоге денег стороны предусматривают обеспечение исполнения обязательств не стоимостью предмета залога, а самим предметом залога - деньгами, что обуславливает условие о передаче заложенных денег от залогодателя залогодержателю при неисполнении обеспеченного основного обязательства, а не их реализацию с целью получения их стоимости. При этом указанная сущность залога денег в принципе противоречит договору залога, при котором обеспечением выступает не предмет залога, а его стоимость, то есть вырученная от продажи предмета залога денежная сумма. В то же время отсутствие правового регулирования обеспечения исполнения обязательств деньгами и сложившиеся обычаи делового оборота по использованию договорного института залога для оформления этих отношений привели к применению аналогии закона и регулированию указанных отношений нормами о залоге.

Существенные отличия договора залога денег от традиционного договора залога, в свою очередь, обуславливает применение аналогии закона, при которой нормы о реализации заложенного имущества, противоречащие сущности залога денег, не применяются к нему. Сложившиеся к моменту принятия Общей части ГК обычаи делового оборота по применению к обеспечению исполнения обязательств деньгами института залога привели к закреплению в ГК возможности использования денег в качестве предмета залога. Эта ситуация в какой-то мере была допустимой до принятия Особенной части ГК, но с принятием последней необходимость в аналогии закона, по нашему мнению, отпала, что объясняется закреплением в ГК обязательства, полностью поглощающего отношения по обеспечению исполнения обязательств деньгами. Таким обязательством является договор финансирования под уступку денежного требования, по которому уступка денежного требования осуществляется как способ обеспечения исполнения клиентом своих обязательств перед финансовым агентом.

В соответствии с п. 1 ст. 729 ГК ³⁹⁵ денежное требование может быть уступлено в целях обеспечения исполнения любого обязательства, то есть без какого-то непосредственного финансирования при заключении договора об уступке денежного требования и для обеспечения обязательств клиента перед финансовым агентом по иным договорам. В соответствии с п. 2 ст. 731 ГК уступка денежного требования может быть обусловлена определенным событием, в том числе и неисполнением обеспеченного уступаемым денежным требованием основного обязательства. В соответствии с п. 2 ст. 736 ГК предусмотрен порядок взаиморасчетов между финансовым агентом и клиентом при превышении выручки по уступленному денежному требованию над суммой долга по обеспеченному обязательству, согласно которому сумма превышения возвращается финансовым

агентом клиенту, если иное не предусмотрено соглашением сторон. При уступке денежного требования не имеется никаких преград для уступки прав вкладчика к банку, которые также являются денежными требованиями.

Появление в законодательстве правового института, регулирующего отношения по обеспечению исполнения обязательств деньгами, а также возможность непосредственного использования банковского вклада для оформления отношений по обеспечению обязательств деньгами, обуславливают необходимость исключения из законодательства о залоге положений о возможности использования денег в качестве предмета залога в связи с существенным отличием обеспечения исполнения обязательств деньгами от залога.

Обеспечение возврата банковского вклада. ГК предусматривает фактически одну отсылочную норму об обеспечении возврата банковского вклада и не содержит конкретного механизма реализации или иного правового регулирования такого обеспечения. В соответствии с указанной нормой средства и способы, которые банк обязан использовать для обеспечения возврата полученных им вкладов, определяются законодательными актами, нормативными правовыми актами Национального банка Республики Казахстан и договором банковского вклада (ст. 766 ГК).

Необходимо отметить, что договором банковского вклада, как правило, никак не затрагиваются вопросы **обеспечения возврата вкладов**. Довольно трудно обеспечить возврат вкладов распространенными гражданско-правовыми способами обеспечения исполнения обязательств, такими как залог, гарантия, поручительство и т. д. В связи с неразвитостью страхового рынка довольно проблематично страхование рисков невозврата вкладов в связи отсутствием такого рода страховых услуг и отсутствием страховых организаций, которые могли бы обеспечить эффективную компенсацию при наступлении страховых случаев.

В то же время в настоящее время предприняты первые шаги по созданию механизма обеспечения возврата вкладов граждан. В соответствии с требованием ст. 52 Закона о банках и банковской деятельности в Казахстане создана **Система коллективного гарантирования (страхования) вкладов (депозитов)** в виде Общества взаимного страхования - Закрытого акционерного общества "Казахстанский фонд гарантирования (страхования) вкладов физических лиц" (далее - **Фонд**). Деятельность данного Фонда регулируется Правилами № 340. Правомочия Национального банка на создание и регулирование деятельности Фонда обусловлены нормами ст. 62 Закона о Национальном банке, в которой в качестве одного из полномочий Национально-

го банка предусмотрено установление им случаев обязательного коллективного страхования депозитов и механизма его реализации, а также требованиями ст. 62 Закона о банках и банковской деятельности.

Система коллективного страхования вкладов основывается на членстве банков, участвующих в формировании резерва Фонда для возмещения по вкладам, путем осуществления ежеквартальных отчислений в Фонд в определенном процентном размере от сумм вкладов граждан, а также осуществления в случае необходимости (при недостаточности созданных резервов и иных имеющихся источников, в том числе и части уставного капитала, для возмещения по вкладам при наступлении страхового случая) дополнительных отчислений в Фонд, необходимых для осуществления выплат.

Основанием для осуществления возмещения по вкладам является принудительная ликвидация банка-участника Фонда, при которой ликвидируемый банк не в состоянии самостоятельно возратить вклады полностью или частично.

В соответствии с правилами коллективного страхования установлен определенный порядок формирования фонда возмещения вкладов при наступлении случая возмещения. В первоочередном порядке для возмещения используются денежные суммы, сформированные за счет ежеквартальных отчислений банков-участников. При их недостаточности используются деньги из уставного капитала Фонда, но не более 50 %, то есть пятисот миллионов тенге. При недостаточности указанных сумм денег для осуществления возмещения в установленных размерах 50 % недостающей суммы погашается за счет дополнительных отчислений банков-участников, а оставшиеся 50 % - за счет заемных средств Фонда. При этом Фонд вправе привлекать займы для указанных целей у Национального банка, Правительства Республики Казахстан или под их гарантии или без гарантий у иных третьих лиц, но по ставке не выше официальной ставки рефинансирования Национального банка Республики Казахстан.

Система коллективного страхования предусматривает гарантирование полного или частичного возмещения вкладов размером до 5 000 000 тенге. Правила коллективного страхования вкладов предусматривает 100 % возмещение вклада до 200 000 тенге. Возмещение сумм вклада свыше 200 000 тенге производится по определенной регрессирующей шкале с ограничением предельного размера выплаты одному вкладчику. Так, например, с суммы вклада более одного миллиона тенге в соответствии с правилами коллективного страхования предусматривается выплата возмещения в 600 000 тенге и 10 % от суммы, превышающей один миллион тенге, но при этом сумма возмещения не может превышать одного миллиона тенге на одного вкладчика вне зависимости от количества имеющихся у него вкладов. То есть сис-

тема коллективного страхования вкладов в настоящее время гарантирует хотя бы частичное возмещение с максимального размера вклада в пять миллионов тенге, на который может быть выплачено максимальное возмещение в размере одного миллиона тенге (20 % вклада). В отношении же всех остальных сумм, превышающих вклад в пять миллионов тенге, никакого возмещения не предусматривается. При осуществлении возмещения вкладов и определении предельного размера возмещения в расчет берутся все виды вкладов одного вкладчика, в том числе выраженные в национальной и иностранной валюте.

Несмотря на определенную ограниченность в размерах возмещения вкладов и в возмещении вкладов исключительно граждан, сам факт создания системы страхования вкладов граждан имеет большое значение для обеспечения возврата вкладов в ситуации отсутствия каких-либо иных альтернативных способов их обеспечения и неразвитости страхового рынка. Безусловно, ограничения в категории вкладчиков и в размере возмещения объективно объясняется небольшим сроком существования и периодом становления этой системы, имеющей определенный потенциал для дальнейшего развития в ходе становления и накопления резервов. Создание системы коллективного страхования вкладов имеет значение и для развития услуг страхования возврата вкладов по мере развития страхового дела в Казахстане. В определенной степени создание системы коллективного страхования способствует повышению доверия к банковской системе Казахстана и способствует ее укреплению и дальнейшему развитию.

Обеспечение возврата вкладов достигается и **административными методами регулирования банковской деятельности.** Конечно, административные меры обеспечения не имеют напрямую никакого значения для договорных отношений по вкладу. В то же время контроль за деятельностью банков со стороны уполномоченного государственного органа - Национального банка имеет косвенное значение для обеспечения возврата вкладов, так как этим контролем предотвращаются риски вкладчика по невозврату вклада в связи с банкротством банка.

В целях обеспечения финансовой устойчивости банков, защиты интересов их вкладчиков, а также поддержания стабильности денежно-кредитной системы Республики Казахстан Национальный Банк осуществляет административное регулирование деятельности банков, основные способы которого проявляются в виде установления пруденциальных нормативов и других обязательных к соблюдению банками норм и лимитов.

Пруденциальные нормативы являются определенными мерами предосторожности, соблюдение которых в определенной степени гарантирует исполнение банками своих обязательств перед вкладчиками. В обстав пруденциальных нормативов, устанавливаемых Национальным Банком для их обязательного соблюдения банками, входят: минимальный размер уставного капитала банка; коэффициент достаточности собственного капитала; максимальный размер риска на одного заемщика; коэффициент ликвидности; лимиты открытой позиции.

Помимо пруденциальных нормативов, банки в целях покрытия убытков, связанных с осуществлением банковской деятельности, обязаны формировать резервный капитал, который создается за счет чистого дохода до выплаты дивидендов по простым акциям. Минимальный размер резервного

капитала банка также устанавливается Национальным Банком. В целях обеспечения надлежащего уровня контроля и надежности своей деятельности в соответствии с характером и *масштабом* проводимых операций банки обязаны осуществлять классификацию выданных кредитов и других активов, выделяя сомнительные и безнадежные требования и создавая против них провизии (резервы) в порядке и на условиях, устанавливаемых Национальным Банком в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Нарушения установленных пруденциальных нормативов и иных требований к проведению банковских операций, в том числе и по приему и возврату вкладов, является основанием для применения Национальным банком к нарушителю определенных мер воздействия и санкций, в которые входят: наложение штрафов; приостановление или отзыв лицензии на проведение всех или отдельных видов банковской деятельности; консервация банка; отзыв разрешения на открытие банка; принятие решения о принудительном выкупе акции (долей акционеров) банка; требование к организации по обязательному коллективному гарантированию (страхованию) вкладов (депозитов) об исключении банка из системы обязательного коллективного гарантирования (страхования) вкладов (депозитов); преобразование банка в кредитное товарищество; заключение договора с акционерами банка о передаче акций банка в доверительное управление Национальному Банку; назначение временной администрации (временного администратора) банка и т. д.

Несмотря на непопулярность административных методов обеспечения возврата вкладов, они все же имеют и положительное значение в виде снижения в общем рисков банкротства банков, соответственно, рисков невозврата вкладов, а также предотвращения нарушения со стороны банка в порядке осуществления своей предпринимательской деятельности, могущих повлиять на исполнение банком своих обязанностей по возврату вкладов.

Глава 48. Хранение

По договору хранения одна сторона (хранитель) обязуется хранить вещь, переданную ей другой стороной (поклажедателем), и возвратить эту вещь в сохранности (п. 1 ст. 768 ГК).

В Особенной части ГК предусмотрено более детализированное и подробное правовое регулирование отношений, возникающих по обязанности хранения по сравнению с ранее действовавшим законодательством. Так, ГК предусматривает общие положения об обязательстве по хранению, а также особенности хранения, осуществляемого в качестве предпринимательской деятельности. Помимо этого, в ГК введены нормы об отдельных видах хранения, сформулированные в двух отдельных параграфах рассматриваемой главы. В ранее действовавшем гражданском законодательстве отдельные виды хранения регулировались в основном подзаконными актами в виде ведомственных инструкций, правил, либо не регулировались вообще. Необходимо иметь в виду, что в ГК не содержатся все разновидности хранения. ГК регулирует отдельные, наиболее распространенные виды хранения. Законодательными актами может быть установлено правовое регулирование и иных видов хранения,

помимо перечисленных в ГК. В частности, Законом о нотариате предусмотрены особенности осуществления нотариальной конторой деятельности по хранению наследственного имущества, хранению денег, ценных бумаг и документов; Законом о таможенном деле предусмотрены особенности хранения вещей на таможне; Законом о зерне предусмотрены особенности хранения зерна; Законом об исполнительном производстве предусмотрены особенности хранения арестованного в ходе исполнительного производства имущества и т. д.

В главе 39 ГК, посвященной хранению, содержится три параграфа. Параграф 1 предусматривает общие положения о хранении, об ответственности хранителя, особенности хранения, осуществляемого в качестве предпринимательской деятельности, и некоторые другие вопросы. Последующие два параграфа регулируют особенности отдельных видов хранения. При этом необходимо иметь в виду, что общие положения о хранении применяются к отдельным видам хранения, если правилами об отдельных видах хранения, предусмотренными нормами ГК или другими законодательными актами, не предусмотрено иное (ст. 783 ГК). То есть Особенной частью ГК для хранения установлен приоритет специального правового регулирования / отдельных видов хранения, предусмотренного параграфами 2 и 3 главы 39 ГК или нормами иных законодательных актов, перед общими положениями о хранении, предусмотренными параграфом 1 главы ГК о хранении.

§ 1. Общие положения о хранении

Определение договора хранения по Особенной части ГК является традиционным для гражданского законодательства. В то же время определение хранения имеет существенное отличие от ранее применяемого в гражданском законодательстве в виде конкретизации предмета хранения - предметом хранения является вещь (п. 1 ст. 768 ГК). К тому же, по общему правилу, действие главы о хранении не распространяется на охрану недвижимого имущества, то есть глава 39 ГК предусматривает правовое регулирование хранения только движимых вещей, индивидуально-определенных или определенных родовыми признаками. Исключением из этого правила является случай хранения спорных вещей (секвестр), предусматривающих хранение в порядке секвестра как движимых, так и недвижимых вещей (п. 3 ст. 790 ГК).

Исключение недвижимости из предмета хранения обусловлено невозможностью передачи недвижимости во владение хранителя, что является обязательным условием обязательства хранения. При охране недвижимости возможно применение иных институтов гражданско-правовых обязательств, в частности, заключение договора возмездного оказания услуг по охране имущества со специализированной организацией (например, вневедомственной охраной МВД РК), найма охранника по трудовому договору либо договору об оказании возмездных услуг (так называемый личный наем). Основанием назначения секвестра является спор о праве собственности или ином вещном праве, предоставляющем правообладателю возможность владеть недвижимой вещью как собственником или иным обладателем вещного права на недвижимость.

Поэтому для этого случая, в связи с отсутствием владельца недвижимости, допустимо признание за хранителем по договору секвестра права владения недвижимой вещью.

Обязательство хранения близко по своей сущности с такими обязательствами, как возмездное оказание услуг по охране имущества и обязательство имущественного найма. Весьма возможно, что правовая природа обязательства хранения связана исторически с обязательством личного найма хранителя для охраны предмета хранения, а также с наймом поклажедателем помещения хранителя для размещения в нем поклажи. Безусловно, с развитием этого института граж-

447

данского права многие черты личного найма и найма помещения исчезли, обязательство хранения приобрело правовое регулирование, позволяющее выделять его в качестве самостоятельного обязательства. Но все равно в отдельных видах хранения правовая природа рассматриваемого вида обязательства проявляется особо ярко, в частности, при хранении ценностей с использованием индивидуального банковского сейфа (ст. 786 ГК). В обязательстве хранения, безусловно, присутствуют элементы охранных услуг - хранитель должен предпринимать все необходимые меры и действия для предотвращения присвоения, порчи или уничтожения предмета хранения третьими лицами. Но при этом обязанности хранителя намного шире обязанностей охранника, так как хранитель должен принимать меры по предотвращению внешнего неблагоприятного влияния не только и не столько от третьих лиц, сколько от всех иных природных, техногенных и иных объективных опасностей порчи или уничтожения предмета хранения. В связи с этим одной из обязанностей хранителя является обязанность помещения предмета хранения в место, в котором он был бы безопасен от внешнего неблагоприятного влияния и присвоения другими лицами.

По общему правилу, договор хранения является **реальным** - договор признается заключенным с момента передачи предмета хранения (п. 2 ст. 768 ГК). В то же время исключением из этого общего правила является возможность заключения консенсуального договора хранения с хранителем, осуществляющим хранение в качестве предпринимательской деятельности (п.1 ст. 769 ГК). Осуществление хранения в качестве предпринимательской деятельности предполагает в качестве хранителя, как коммерческую организацию, осуществляющую хранение в качестве предпринимательской деятельности, так и некоммерческую организацию, если право на занятие предпринимательской деятельностью предоставлено ей учредительными документами и если такая деятельность соответствует ее уставным целям.

Особо необходимо обратить внимание на то, что консенсуальный договор хранения имеет свои особенности и ограничения. По такому договору хранитель может взять на себя обязательство принимать на хранение вещи поклажедателя, то есть с момента принятия такого обязательства договор признается заключенным и до непосредственной передачи поклаж. В то же время хранитель не вправе требовать передачи вещи на хранение, но вправе требовать, по общему правилу, возмещения убытков,

причиненных несостоявшимся хранением. Необходимо иметь в виду и то, что нормы ГК об ответственности пклажедателя за несостоявшееся хранение по консенсуальному договору хранения сформулированы диспозитивно (п. 2 ст. 769 ГК). От-
448

ветственность поклажедателя за несостоявшееся хранение может быть исключена либо ограничена как нормами законодательных актов для отдельных видов хранения, так и соглашением сторон по такому договору. Помимо этого, поклажедатель освобождается от ответственности и в случае, если заявит после заключения консенсуального договора хранения об отказе от услуг хранителя в разумный срок (п. 3 ст. 769 ГК). Понятие "разумный срок", безусловно, связано не с определенным временем, а с разумностью отказа в тот или иной срок, в той или иной ситуации с учетом всех конкретных обстоятельств для каждого отдельного правоотношения, возникшего из консенсуального договора хранения, в частности, предмета обязательства хранения, условий его передачи и т. п. Например, отказ от услуг хранения до производства хранителем действий или каких-то расходов во исполнение договора хранения будет, безусловно, в "разумный срок". В то же время производство хранителем действий или каких-то расходов во исполнение договора хранения не будет являться обязательным основанием ответственности поклажедателя либо его обязанности по оплате соразмерной платы за хранение. В последнем случае должны быть учтены все иные обстоятельства, в частности, разумность и своевременность этих действий и расходов, соответствие действий хранителя обычаям делового оборота и т. п.

При осуществлении хранения **в качестве предпринимательской деятельности**, в то числе и при использовании хранения в качестве составной части своей предпринимательской деятельности, хранитель не вправе отказать в принятии вещи на хранение на общепринятых условиях каждому, кто к нему (хранителю) обратится, за исключением случаев невозможности принятия вещи на хранение по техническим причинам либо в связи с невозможностью выполнения каких-то особых условий хранения, которые не могут быть выполнены хранителем (например, отсутствие места в хранилище, специализация хранителя на хранении только сыпучих веществ, зерна, осуществление хранения только с обезличиванием и т. п.). Хранитель также не вправе при принятии вещи на хранение оказывать предпочтение одному лицу перед другим. Договор хранения при этом признается публичным (ст. 770 ГК).

В то же время норма о признании договора о хранении, заключаемого хранителем в силу осуществления своей предпринимательской деятельности, публичным договором и возложение на хранителя обязанностей, вытекающих из таких договоров, могут применяться только в случаях, когда иные правила по рассмотренным вопросам не установлены какими-то законодательными актами.

Как правило, предметом договора хранения является индивиду, ально-определенная вещь, и их индивидуально-определенные признаки должны четко определяться в договоре. В то же время хранение допустимо и в отношении вещей, определенных родовыми признаками, например, зерно, стройматериалы и т. д. Аналогичная ситуация возможна и в случаях, когда сданные индивидуально-определенные вещи определены в договоре только родовыми признаками, например, приобретая в магазине партию товара в виде двух компьютеров, покупатель оставляет их на хранение в магазине.

Режим хранения вещей, определяемых родовыми признаками, неоднозначен и зависит от того, обособляются ли эти вещи от однородных и идентичных по качеству вещей хранителя или иных поклажедателей. Если поклажедатель не имеет интереса в возврате конкретно сданных вещей, определяемых родовыми признаками, то имеет место хранение с обезличиванием, при котором допускается смешение принятых на хранение вещей с вещами того же рода и качества других поклажедателей или вещей хранителя с возложением на хранителя обязательства по возврату равного или обусловленного договором количества вещей того же рода и качества (п.1 ст. 771 ГК).

В случае же обособления сданных на хранение вещей, определенных родовыми признаками, договор хранения не будет иметь особенностей по сравнению с договором хранения индивидуально-определенных вещей. По общему правилу, хранитель не должен предпринимать меры по обособлению вещей при хранении с обезличиванием. Обязанность хранителя по обособлению вещей, определенных родовыми признаками, может быть предусмотрена как в договоре, так и вытекать из правил по осуществлению отдельных видов хранения, установленных законодательными актами (п. 2 ст. 771 ГК).

ГК принципиально по-новому подошел к вопросам собственности на сданные вещи при хранении с обезличиванием по сравнению с ранее действовавшим законодательством. Вопросы собственности на предмет хранения с обезличиванием имеет значение по большей части в связи с распределением риска случайной гибели хранимых вещей. В соответствии с нормами ГК о хранении не предусмотрен особый порядок распределения риска случайной гибели или порчи предмета хранения, и, следовательно, порядок распределения этих рисков должен определяться в соответствии с общей нормой ст. 190 ГК. В соответствии с ранее действовавшим законодательством, в частности, ст. 430 ГК КазССР, определенные родовыми признаками вещи, сданные на хранение, поступали в собственность хранителя, что соответственно возлагало риски случайной гибели на хранителя. Новый ГК не содержит такой нормы. При смешении сданных на хранение с 450 обезличиванием вещей одного рода и качества различных поклажедателей (в том числе и в случае смешения с вещами самого хранителя) право собственности каждого из них трансформируется в право общей долевой собственности. Право индивидуальной собственности всегда предполагает или индивидуально-определенную вещь, или вещь,

хотя и определенную только родовыми признаками, но обособленную от вещей того же рода и качества. В противном случае возникает только право требовать выделения вещи, определенной родовыми признаками, из общей массы имущества, на которую с момента смешения возникает право общей собственности, и до выделения или иного обособления на это имущество существует право общей собственности.

Возникновение же общей долевой собственности предполагает наделение каждого сособственника правом требования выделения доли в натуре. Именно с момента выделения доли в натуре из общей массы вещей одного рода и качества право индивидуальной собственности поклажедателя восстанавливается вновь. Соответственно с принципами общей долевой собственности должен решаться по новому ГК и вопрос распределения рисков случайной гибели при хранении с обезличиванием. При этом должно приниматься во внимание предпринимательский или непредпринимательский характер деятельности хранителя, что имеет существенное значение для определения пределов ответственности хранителя в случае случайной гибели или повреждения предмета хранения. Так, хранитель, осуществляющий хранение с обезличиванием не в качестве предпринимательской деятельности, несет ответственность только при наличии вины. Хранитель же, осуществляющий хранение в качестве предпринимательской деятельности, освобождается от ответственности только в случае, если докажет, что гибель предмета хранения произошла в связи с непреодолимой силой. И в этом случае риски случайной гибели будут нести поклажедатель-сособственники предмета хранения с обезличиванием. Во всех остальных случаях случайной гибели предмета хранения с обезличиванием у поклажедателей сохраняется право на возмещение убытков с хранителя-предпринимателя, не выполнившего свои обязанности по надлежащему исполнению обязанности по хранению.

Наиболее распространенным основанием возникновения обязательства хранения является договор. Но обязательство хранения может возникнуть и в силу законодательного акта, и в этих случаях общие правила ГК о хранении соответственно применяются к такому обязательству, постольку, поскольку иное не предусмотрено ГК и законодательным актом.

По общему правилу, договор хранения должен быть заключен в **письменной форме**. К ней приравнивается удостоверение заключения договора хранителем выдачей поклажедателю сохранной расписки, квитанции, свидетельства или иного письменного документа подписанного хранителем (п. 2 ст. 722 ГК). Например, Законом об исполнительном производстве предусмотрено оформление отношений по хранению арестованных в ходе исполнительного производства вещей путем получения от хранителя сохранной расписки, Законом о зерне предусмотрено оформление отношений по хранению путем выдачи хлебоприемным предприятием зерновой расписки, разновидности двойного складского свидетельства.

Исключением из правила о письменной форме договора хранения являются: 1) хранение вещей в специализированных организациях, в частности, камерах хранения, гардеробах вокзалов, музеев, учреждений и т. п., с выдачей хранителем

поклажедателю в подтверждение заключения договора номеров, жетонов и других легитимационных (право удостоверяющих) знаков, в соответствии с п. 3 ст. 151 ГК признаваемое сделкой, заключенной в устной форме (п. 1 ст. 722 ГК); 2) хранение в виде бытовой услуги, заключение договора о котором допускается в устной форме (п. 3 ст. 772 ГК).

Несоблюдение требуемой простой письменной формы договора о хранении влечет общие последствия несоблюдения письменной формы сделки, предусмотренной ст. 153 ГК, с некоторыми особенностями. В частности, свидетельские показания допускаются при возникновении спора о тождестве вещи, принятой на хранение, и вещи, возвращаемой хранителем (п. 4 ст. 772 ГК).

Другой особенностью последствий несоблюдения простой письменной формы договора хранения является возможность доказывания свидетельскими показаниями сдачи вещей на хранение при чрезвычайных обстоятельствах (наводнении, пожаре и других) вне зависимости от стоимости сданной на хранение вещи (п. 5 ст. 772 ГК).

В соответствии со ст. 733 ГК **срок** не является существенным условием для договора хранения. Договор хранения заключается, как правило, на определенный срок, по истечении которого поклажедатель обязан забрать хранимую вещь. Возможно заключение договора хранения до востребования, например, при хранении в камерах хранения на вокзалах. В то же время отсутствие срока не влияет на действительность договора, так как ГК предусматривает норму на случай заключения бессрочного договора хранения либо договора хранения до востребования. В этих случаях хранитель наделяется правом (но не обязанностью) потребовать принятия поклажедателем вещи обратно по истечении обычного при данных обстоятельствах срока хранения 452^f

При определении "обычных при данных обстоятельствах срока хранения" должны быть приняты во внимание все обстоятельства конкретного случая хранения - цель договора хранения, свойства вещи или срок ее годности; срок, истечение которого может нанести ущерб хранителю, и т. д.

Право потребовать принятия поклажедателем вещи обратно в то же время налагает на хранителя обязанность предоставить поклажедателю разумный срок, достаточный для принятия вещи, который также должен определяться с учетом всех обстоятельств конкретного случая хранения (п. 1 ст. 773 ГК).

Необходимо также отметить, что при определении "обычных при данных обстоятельствах срока хранения" и "разумного срока, достаточного для принятия вещи обратно" необходимо применение общих правил срока исполнения обязательства, предусмотренных ст. 277 ГК.

Поклажедатель вправе прекратить договор хранения в любое время, несмотря на предусмотренный договором срок (п. 2 ст. 773 ГК). Отсутствие срока хранения либо условие хранения до востребования безусловно предполагает возможность поклажедателя потребовать вещь обратно в любое время. Это является общим правилом для обязательства хранения, вытекающим из природы этого обязательства. Хранение возникает в интересах поклажедателя, поэтому нельзя обязывать хранить вещь, когда такая потребность у поклажедателя отпала. Осуществление хранения в интересах

поклажедателя является сущностью этого вида обязательства, поэтому для возврата вещи хранителем неприменимы правила о льготном или ином сроке исполнения обязательства, и вещь должна быть немедленно отдана обратно по первому требованию поклажедателя.

В целях защиты интересов хранителя на поклажедателя возлагается, по общему правилу, ответственность по возмещению убытков, причиненных досрочным прекращением обязательства (п. 2 ст. 773 ГК). Несомненно, ответственность за досрочное прекращение договора может быть возложена на поклажедателя только в случаях, если договор хранения является возмездным или договор предусматривает срок хранения.

В то же время необходимо отметить, что норма ГК об ответственности поклажедателя за убытки, вызванные досрочным прекращением обязательства, применяется в случае, если договором не установлены иные последствия досрочного прекращения срочного договора хранения. В частности, договором могут быть предусмотрены как полное освобождение поклажедателя от ответственности за досрочное прекращение хранения, так и ограничение его ответственности, например, уплата только неустойки (штрафа), ограничение размера убытков определенным пределом и т. д.

Новеллой ГК является **презумпция возмездности хранения** - договор хранения предполагается возмездным и хранитель вправе потребовать вознаграждение, если соглашением сторон или нормами законодательных актов для отдельных видов хранения прямо не предусмотрена безвозмездность хранения (п. 1 ст. 774 ГК). Возмездность хранения предусмотрена в отдельных видах хранения, урегулированных законодательными актами. Возмездность предусмотрена для хранения арестованного в ходе исполнительного производства имущества в соответствии с Законом об исполнительном производстве; для хранения наследственного имущества, а также документов и ценных бумаг в соответствии с Законом о нотариате; для хранения зерна хлебоприемными предприятиями в соответствии с Законом о зерне. При безвозмездном хранении, например, при бытовом хранении, поклажедатель обязан возместить только фактически произведенные расходы хранителя, реально необходимые для сохранения вещи (п. 2 ст. 774 ГК).

Размер вознаграждения, по общему правилу, определяется по соглашению сторон при заключении договора хранения. В предусмотренных законодательными актами случаях для отдельных видов хранения либо отдельных субъектов имущественного оборота, осуществляющих хранение как вид предпринимательской деятельности или осуществляющих хранение в ходе своей предпринимательской деятельности, размер вознаграждения может устанавливаться или регулироваться уполномоченными на то государственными органами в виде такс, ставок, тарифов и т. д. Примерами регулирования размера вознаграждения уполномоченным государственным органом является установление расценок по согласованию с антимонопольным комитетом за предоставляемые услуги железнодорожными перевозчиками - естественными монополистами, в том числе и расценок по хранению товара на железнодорожных складах, а также регулирование

цен (тарифов) хлебоприемных предприятий, занимающих доминирующее положение на рынке.

Необходимо отметить, что, по общему правилу, **цена** в возмездном договоре не является существенным условием, в том числе и **вознаграждение по договору хранения**. Отсутствие в договоре размера вознаграждения не влияет, как правило, на действительность договора. Размер вознаграждения в последнем случае определяется как вознаграждение, обычно взимаемое при сравнимых обстоятельствах иными хранителями по аналогичным видам хранения. В то же время теоретически возможно предположить ситуацию, когда по от- 454 ' дельным редким видам хранения, либо по хранению отдельных видов имущества, например, изъятых из гражданского оборота имущества (в частности, радиоактивных веществ), невозможно по аналогии определить размер вознаграждения, и в этом случае цена безусловно будет относиться к существенным условиям, требующим обязательного соглашения сторон и влияющим на действительность договора.

По общему правилу, вознаграждение выплачивается по окончании договора хранения. Договором или законодательными актами для отдельных видов хранения может быть предусмотрен иной порядок оплаты вознаграждения - по истечении определенных периодов (например, поквартально), предоплата 100 % при заключении договора и т. д.

При прекращении хранения, предусматривающего определенный срок, до истечения определенного в договоре срока хранения, хранитель имеет право на получение соразмерной части вознаграждения (п. 3 ст. 774 ГК). Например, по истечении половины срока действия договора хранения хранитель вправе требовать уплаты половины предусмотренной договором суммы вознаграждения.

Истечение срока, предусмотренного договором хранения, возлагает на поклажедателя обязанность забрать вещь обратно со всеми вытекающими в связи с просрочкой кредитора неблагоприятными последствиями. В то же время хранитель, помимо права требовать возмещения возможных убытков в связи с неисполнением поклажедателям обязанности забрать вещь по истечении срока действия договора хранения, вправе требовать уплаты поклажедателем вознаграждения в прежнем размере, предусмотренном договором, до момента фактической передачи ему хранимой вещи (п. 4 ст. 774 ГК).

С правовым регулированием вознаграждения тесно связаны вопросы о возмещении расходов хранителю. Как правило, реально необходимые расходы по хранению вещи должны включаться в сумму вознаграждения. В то же время договором может быть предусмотрено, что необходимые расходы на хранение оплачиваются отдельно сверх суммы вознаграждения (п. 5 ст. 774 ГК). В случае же безвозмездного хранения возмещение реально необходимых расходов должно производиться вне зависимости от отсутствия суммы вознаграждения.

В сумму вознаграждения либо в сумму отдельно предусмотренного договором размера реально необходимых для хранения расходов не включаются, по общему правилу, непредвиденные, чрезвычайные расходы, возникшие в ходе хранения вещи, в частности, в связи со спасением вещи при стихийных ситуациях, пожаре и т. п. Исключение чрезвычайных расходов из предусмотренных договором вознаграждения или иных расходов продиктовано тем, что

эту категорию расходов невозможно предусмотреть при заключении договора. В то же время возможна ситуация, когда в силу договора такого вида расходы могут быть взяты на себя хранителем, договором может быть предусмотрено включение такого вида расходов в сумму вознаграждения и т. д.

Хранитель **обязан принимать все меры для обеспечения сохранности переданной на хранение вещи**, как предусмотренные так и не предусмотренные договором хранения, соответствующие обычаям делового оборота и существу рассматриваемого обязательства, в том числе свойствам переданной на хранение вещи (п. 1 ст. 775 ГК).

В то же время пределы и объем обязанностей хранителя во многом зависят от условий договора хранения, в особенности от условий возмездности или безвозмездности. Соблюдение условий договора безусловно, обязательно во всех случаях. Поэтому для предотвращения каких-либо коллизий по вопросам обязанности хранителя сторонам договора хранения необходимо в условиях договора максимально подробно предусматривать эти обязанности. Для отдельных видов хранения законодательными актами или договором могут предусматриваться обязанности хранителя по принятию специальных мер по обеспечению сохранности имущества от хищений, порчи, повреждения, сырости и т. д.

При безвозмездном хранении критерием обязанности хранителя является отношение к хранимым вещам, как к своим, то есть по крайней мере не хуже (можно лучше), чем к своим (п. 2 ст. 775 ГК). Например, гибель хранимых вещей при сохранении аналогичных собственных вещей хранителя влечет его ответственность за утрату вещи, если он не докажет, что спасение вещи, сданной на хранение, было невозможно, в частности, в связи со случайностью гибели, в связи с непреодолимой силой и т. д.

Одной из основных обязанностей хранителя является **возвращение вещи в том состоянии, в котором она была принята на хранение**, с учетом естественной убыли или естественного ухудшения предмета хранения, обусловленного какими-то физическими его свойствами (п. 13 ст. 775 ГК). При этом хранитель не вправе, по общему правилу, пользоваться вещью, переданной на хранение. Если в частном случае хранителю предоставляется право пользоваться вещью, сданной на хранение, то к этим отношениям должны применяться непосредственно нормы о найме имущества или ссуде, и эти отношения будут выходить за пределы отношений по обязательству хранения. Единственным исключением из этого правила является 456 / пользование хранимой вещью, когда это необходимо для обеспечения ее сохранности, но при условии, что такое пользование не противоречит договору хранения (п. 4 ст. 775 ГК).

Безусловно, качества и свойства вещи, сданной на хранение, могут предполагать ее естественное ухудшение, естественную убыль в течение срока хранения, например, горючесмазочные вещества предполагают определенную убыль, хотя бы незначительную, в связи с их испарением, определенное сжатие (уменьшение в объеме) при понижении температуры или изменении давления. В этих случаях естественное ухудшение и естественная убыль хранимой вещи должны приниматься во внимание, и хранитель обязан вернуть вещь с учетом

этих естественных изменений вещи, сданной на хранение.

В то же время качества или свойства вещи могут являться причиной убытков, причиненных хранителю, и, в соответствующем случае, основанием ответственности поклажедателя. На поклажедателя возлагается ответственность за убытки, причиненные свойствами вещи хранителю, если только поклажедатель не предупредил хранителя о таких свойствах вещи, а хранитель, принимая вещь на хранение, не знал и не должен был знать об этих свойствах. Безусловно, поклажедатель, сдавая зерно на хранение на элеватор, не обязан предупреждать элеватор - профессионального хранителя о возможности ее возгорания, порчи от сырости и т. д.. В то же время существуют множество ситуаций, когда поклажедатель обязан предупредить о каких-то опасных свойствах вещи, но не делает это, или когда он в нарушение установленного порядка передает на хранение предметы, запрещенного к принятию на хранение, при котором поклажедатель несет ответственность за убытки, причиненные такими предметами. Например, сдача на хранение легко воспламеняющихся веществ, запрещенных для хранения в обычных камерах хранения, и причинение хранителю убытков воспламенением этих предметов, безусловно, является основанием гражданско-правовой ответственности поклажедателя, а в соответствующих случаях - и иной (уголовной либо административной).

Отсутствие какого-либо вещного права хранителя на вещь, сданную на хранение, кроме как фактического владения (держания), естественно, предполагает обязанность хранителя передать поклажедателю плоды и доходы, полученные за время ее хранения, если договором не предусмотрено иное (п. 5 ст. 775 ГК). Например, право удержания хранителем полученных плодов и доходов для обеспечения вознаграждения либо расходов по хранению, направление этих доходов и плодов на возмещение убытков хранителя и т. д.

Заключение договора в интересах поклажедателя, обязанность по принятию всех мер по сохранности вещи, сданной на хранение, предполагают зависимость действий хранителя от этих интересов и определенную свободу действий, продиктованную ими. Так, по общим правилам гражданского права о договоре, об исполнении и расторжении договора его условия не могут быть изменены в одностороннем порядке. В случае необходимости изменения условий заключенного договора хранения, которое должно быть продиктовано необходимостью сохранения вещи, хранитель обязан известить об этом поклажедателя и без согласия последнего не вправе, по общему правилу, изменять условия хранения (п. 1 ст. 776 ГК). В то же время исключением из этого могут быть случаи, когда ввиду опасности утраты или повреждения вещи, сданной на хранение, хранитель в целях выполнения основной обязанности по договору - сохранения вещи - обязан действовать незамедлительно и не дожидаясь ответа поклажедателя. В частности, этими случаями могут быть как внешние неблагоприятные обстоятельства, например, пожар или стихийное бедствие, требующие для сохранения вещи ее перемещения в другое место, так и обстоятельства, связанные с личностью хранителя, например, болезнь или иные обстоятельства, препятствующие личному

исполнению договора и требующие передачи вещи на хранение третьему лицу (п. 2 ст. 776 ГК).

Необходимость самостоятельного принятия решения об изменении условий договора хранения может быть продиктована и невозможностью получения ответа либо неполучением ответа в разумный срок, например, в связи с отсутствием поклажедателя и невозможностью его извещения.

Необходимость самостоятельного принятия решения об изменении условий договора хранения может быть продиктована и свойствами вещи, изменением ее состояния. В случае порчи хранимой вещи или невозможности обеспечить ее сохранность в той или иной ситуации, и принятия мер от поклажедателя ожидать нельзя, хранитель вправе реализовать вещь. Единственным критерием добросовестности действий хранителя в этой ситуации является их разумность и сохранение вырученной стоимости. При реализации вещи хранитель обязан передать вырученную сумму поклажедателю, удержав расходы по хранению и реализации (п. 3 ст. 776 ГК).

Хотелось бы обратить внимание на то, что по большей части действия хранителя по одностороннему изменению условий договора хранения схожи с действиями без поручения, но в отличие от последних имеют правовую основу - заключенный договор хранения, невозможность получения ответа от поклажедателя по изменению усло- 458 вий договора и договорная обязанность по принятию всех необходимых мер для сохранности вещи, сданной на хранение.

Безусловно, любое одностороннее изменение условий договора, произведенное с соблюдением вышерассмотренных требований, в том числе и передача вещи на хранение третьему лицу, возлагает на хранителя обязанность немедленно уведомить об этом поклажедателя (п.1 ст. 777 ГК). В случае же передачи вещи на хранение третьему лицу первоначальный хранитель несет за действия последнего ответственность перед поклажедателем как за свои собственные (п. 2 ст. 777 ГК).

Общие положения о хранении очень подробно регламентируют ответственность сторон по договору хранения, по большей части воспроизводя общие принципы ответственности за нарушение обязательства, предусмотренные в главе 20 ГК.

По общему правилу, хранитель несет ответственность за утрату, недостачу или повреждение вещи, принятой на хранение, при наличии вины (ст. 779 ГК). Ответственность же хранителя-предпринимателя возникает и без вины. Хранитель, осуществляющий хранение в силу своей предпринимательской деятельности, освобождается от ответственности за несохранность вещи только в случаях, когда утрата, недостача или повреждение вещи, сданной на хранение, вызваны непреодолимой силой либо свойствами самой вещи, либо умыслом или грубой неосторожностью поклажедателя (п. 1 ст. 779 ГК). Данные положения об ответственности хранителя, в том числе и хранителя-предпринимателя, воспроизводят общие принципы ответственности за нарушение обязательства, предусмотренные пунктами 1, 2 ст. 359 и ст. 364 ГК.

В случае просрочки поклажедателя по получению вещи обратно, хранитель отвечает за утрату, недостачу или повреждение сданной на хранение вещи лишь при наличии с его стороны умысла или

грубой неосторожности (п. 2 ст. 779 ГК). Данные положения воспроизводят общие принципы возложения неблагоприятных последствий, наступивших во время просрочки, на просрочившего кредитора, закрепленные в части второй п. 2 ст. 366 ГК.

Убытки, причиненные поклажедателю утратой, недостачей или повреждением вещи, сданной на хранение, возмещаются по общим правилам возмещения убытков, закрепленным, в частности, ст. 350 ГК. В то же время законодательными актами или соглашением сторон могут быть предусмотрены особенности возмещения убытков, например, ограничение права на полное возмещение убытков в силу предписаний законодательных актов (ограниченная определенным размером ответственность авиаперевозчика за сохранность вещи, сданной в багаж), установление соглашением сторон обязанности по возмещению только реального ущерба, уплаты штрафной неустойки и т. д. (п. 1 ст. 780 ГК).

Размер ответственности во многом зависит от возмездное™ хранения. По общему правилу, при безвозмездном хранении возмещения убытков ограничивается только реальным ущербом (п. 3 ст. 780 ГК). При возмездном же хранении возможно полное возмещение ущерба, если оно не ограничено законодательными актами или договором.

Определение значения при определении размера убытков имеет и оценка вещи. В случае, когда при сдаче вещи на хранение была произведена ее оценка, действует презумпция определения ответственности хранителя исходя из суммы такой оценки (п. 2 ст. 780 ГК). В то же время необходимо отметить, что оценка вещи, как правило, является предположением о ее цене и не может во всех случаях выступать в качестве ее реальной стоимости. Стоимость вещи может значительно колебаться в зависимости от множества причин, в частности, экономических (например, инфляции и обесценивания денег), сезонных (например, зерно), социально-культурных (например, изменение моды и спроса в связи с этим) и т. д. В этой ситуации при возникновении оснований ответственности каждая из сторон вправе доказывать несоответствие оценки реальной стоимости утерянной или поврежденной вещи как в сторону ее увеличения, так и в сторону понижения.

В случае повреждения вещи, ведущего к невозможности использования ее по прямому назначению, поклажедатель вправе отказаться от принятия такой вещи и потребовать возмещения ее стоимости и иных убытков, вызванных утерей вещи, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (п. 4 ст. 780 ГК).

Одной из основных обязанностей поклажедателя по договору хранения является **обязанность взять обратно сданную на хранение вещь**. Такая обязанность возникает по истечении срока, предусмотренного договором хранения, а также по требованию хранителя по бессрочному договору хранения или по договору хранения до востребования при истечении льготного срока, предоставляемому поклажедателю в этих случаях (п. 1 ст. 781 ГК).

Уклонение поклажедателя от исполнения этой обязанности предоставляет право хранителю требовать реализации вещи в судебном порядке. Внесудебный порядок реализации вещи, сданной на хранение, при уклонении в ее принятии

поклажедателем возможен только в случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. Реализация вещи производится по правилам, предусмотренным Гражданским процессуальным кодексом для исполнения судебных решений, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором (п. 2 ст. 781 ГК). В соответствии с гражданско-процессуальным законодательством, к которому относится и Закон об исполнительном производстве, реализация имущества допускается как на комиссионных началах через торговые организации, так и на основании публичных торгов (тендера, аукциона).

Право требования хранителя на реализацию вещи возникает только после предупреждения поклажедателя о возможности такой реализации не менее, чем за месяц. Безусловно, хранитель вправе и не требовать изъятия вещи поклажедателем, а продолжать хранение на тех же условиях. В то же время, несомненно, существуют ситуации, когда хранителя не устраивает продолжение договора хранения, например, необходимость изменения условий договора, неуплата поклажедателем платежей за хранение и т.д.

Необходимо отметить и то, что законодательными актами для отдельных видов хранения или соглашением сторон может быть предусмотрен иной порядок или иные последствия для этой ситуации. Например, специальными нормами ГК о хранении в ломбарде предусмотрен более длительный срок, чем предусмотренный в общих положениях о хранении, для предупреждения поклажедателя о возможности реализации предмета хранения (льготный срок для исполнения поклажедателем обязанности забрать вещь обратно) - 3 месяца. Соглашением сторон могут быть предусмотрены иные последствия в виде уплаты, например, неустойки и т. д.

§ 2. Отдельные виды хранения

Параграф 2 главы 39 ГК предусматривает особенности таких отдельных видов хранения, как хранение в ломбардах, хранение ценностей в банке, хранение в камерах хранения транспортных организаций, хранение в гардеробах организаций, хранение в гостиницах и хранение спорных вещей (секвестр). В части, где не имеется особенностей правового регулирования отдельных видов хранения, к ним, безусловно, применимы положения правового регулирования, предусмотренные общими положениями о хранении. Помимо этого параграфом 3 главы 39 ГК предусмотрено хранение на товарном складе, которое также является отдельным видом хранения. Кроме того, отдельные виды хранения предусмотрены различными законодательными актами, например, Законом о нотариате, Законом об исполнительном производстве, Законом о зерне, Законом о таможенном деле, Законом Республики Казахстан "О регистрации сделок с ценными бумагами в Республике Казахстан" и другими. В настоящем параграфе будут рассмотрены лишь те виды хранения, которые содержатся в параграфе 2 главы 39 ГК, как наиболее распространенные и позволяющие рассмотреть особенности различных видов хранения по сравнению с общими положениями ГК.

Хранение в ломбарде. Деятельность ломбардов на территории Казахстана регулируется Положением о ломбардах, утвержденным Правлением

Национального Банка Республики Казахстан от 16 ноября 1995 года, с соответствующими внесенными в него изменениями и дополнениями. Согласно Положения ломбард относится к **небанковским финансовым организациям**, основным видом деятельности которых является выдача краткосрочных кредитов гражданам под залог движимого имущества. Помимо кредитования граждан под залог движимости, ломбарды обычно осуществляют и возмездные услуги по хранению ценностей, для осуществления которых ломбард как небанковское финансовое учреждение обязано получить специальную лицензию Национального банка РК. Так, в соответствии с Положением о небанковских финансовых учреждениях, утвержденных Постановлением Правления Национального Банка Республики Казахстан от 23 мая 1997 года, небанковские финансовые учреждения при наличии лицензии Национального банка вправе, наравне с иными банковскими операциями, осуществлять сейфовые операции: услуги по хранению ценных бумаг, документов и ценностей клиентов, включая сдачу в аренду сейфовых ящиков, шкафов и помещений.

Помимо выдачи ссуд под залог движимых вещей, ломбарды традиционно занимаются такими видами деятельности, как **хранение ценностей граждан**. Поэтому ГК специально отдельно-предусматривает правовое регулирование хранения в ломбардах, хотя конечно, деятельность ломбардов по хранению в незначительной степени отличается от хранения ценностей в банке и в иных небанковских финансовых учреждениях.

Ломбард занимается хранением движимых вещей в качестве профессиональной предпринимательской деятельности, требующей получения специальной лицензии для ее осуществления. Необходимо в связи с этим особо отметить, что договор хранения вещей в ломбарде, безусловно, относится к **публичным**, и ломбард при наличии лицензии на хранение ценностей не вправе отказать, кроме как из-за технических возможностей (например, отсутствием места в связи с переполненностью хранилища), в принятии вещей на хранение.

Одной из особенностей правового регулирования хранения в ломбарде является форма договора. Как правило, в силу публичного характера договора хранения в ломбарде и профессиональной деятельности при хранении, в ломбарде разрабатываются и утверждаются отдельные правила, предусматривающие условия оказания услуг по хранению ценностей для всех клиентов, передающих вещь на хранение. Поэтому каких-то особенностей при заключении договора хранения для отдельных клиентов, по сравнению с общими правилами, ломбард допустить не может, и договор хранения вещей в ломбарде является договором присоединения. Оформление договора хранения вещи в ломбарде, как и оформление ссуды под залог движимых вещей, осуществляется путем выдачи определенного формализованного документа - именной сохранной квитанции, подтверждающей факт заключения договора, ознакомления и согласия клиента с условиями хранения вещей в ломбарде, и удостоверяющей право владельца данного документа на получение вещи, сданной на хранение, обратно (п. 1 ст. 784 ГК).

Данный документ очень схож по назначению и функциям с именными ценными бумагами, но он все же не является ценной бумагой и, соответственно, правила правового регулирования обращения ценных бумаг, в частности, порядок исполнения, уступки прав по ценным бумагам, неприменимы к этим документам. Соответственно, выдача ломбардом вещи, сданной на хранение, ненадлежащему лицу вне зависимости от обстоятельств, в частности, выдача вещи предъявителю украденной именной сохранной квитанции, не освобождает ломбард от ответственности перед поклажедателем - надлежащей стороной по договору хранения ценностей в ломбарде.

Одним из обязательных условий договора хранения вещей в ломбарде является оценка вещи, а также страхование принятой на хранение вещи в полной сумме ее оценки в пользу поклажедателя. Оценка вещи в соответствии с относится к существенным условиям, требующем соглашения сторон (п. п. 2, 3 ст. 784 ГК).

Оценка вещи должна отражать реальную ее стоимость, что может быть достигнуто принятием за основу оценки цен на вещь того же рода и качества, обычно взимаемых в торговле в момент ее принятия на хранение.

ГК также предусматривает особенности правового регулирования для случая уклонения поклажедателя от обязанности принятия вещи обратно. Для этого случая при хранении вещей в ломбарде предусматривается более длительный, /трехмесячный срок предупреждения поклажедателя о возможном отчуждении в установленном порядке вещи, сданной на хранение (п.1 ст. 785 ГК).

Хранение ценностей в банке. Хранение ценностей является распространенным видом предпринимательской деятельности банков, что подтверждается и практикой казахстанских банков. Для осуществления хранения ценностей банк обязан иметь лицензию Национального банка на совершение **сейфовых операций** - услуги по хранению ценных бумаг, документов и ценностей клиентов, включая сдачу в аренду сейфовых ящиков, шкафов и помещений. Для осуществления **хранения драгоценных металлов** (золота, серебра, платины, металлов платиновой группы) в слитках, гранулах, порошках, солях, монет из драгоценных металлов, а также ювелирных изделий, содержащих драгоценные металлы и драгоценные камни, банк обязан получить специальную лицензию (п. 1 ст. 786 ГК).

Договор хранения ценностей в банке относится к публичным, и банк не вправе отказаться при наличии технических возможностей от принятия ценностей на хранение от граждан и физических лиц.

Договор хранения ценностей предполагает физическое хранение вещей. Поэтому этот вид деятельности необходимо отличать от деятельности регистратора и номинального держателя ценных бумаг, депозитарной деятельности по фиксации прав по бездокументарным ценным бумагам, а также деятельности по ведению металлических счетов, подпадающих под соответствующее специальное правовое регулирование и не относящихся к деятельности по хранению ценностей в банке. В то же время кастодиальная деятельность на рынке ценных бумаг включает в себя в ряде случаев обязанности по хранению ценных бумаг, и кастодиальный договор также может содержать условия договора хранения. При этом хранение ценных бумаг при осуществлении кастодиальной деятельности не относится к деятель-

ности по хранению ценностей в банке, а относится к деятельности банка на рынке ценных бумаг, подлежащей отдельному лицензированию и подпадающей под правовое регулирование деятельности на рынке ценных бумаг, а не главы 39 ГК.

Не может относиться к хранению ценностей в банке простое хранение вещей в помещении банка. Хранение ценностей в банке предполагает использование для хранения специальных банковских хранилищ или сейфов, в отношении которых в законодательстве имеются определенные технические требования, а также специальные требования по обеспечению сохранности их содержимого от хищений.

Предметом хранения в банке могут быть любые ценности, хранение которых позволяют технические возможности банка.

Условия по хранению ценностей в банке, в том числе и по каждой отдельной разновидности хранения, закрепляются в специальных внутренних правилах банка, которые согласовываются с Национальным банком при получении лицензии. Данные правила должны быть общедоступны для ознакомления любым лицом, соответственно они должны предоставляться для ознакомления по любому требованию любого лица, даже не являющегося клиентом этого банка. Наличие 464

специальных внутренних правил исключает необходимость заключения отдельного договора хранения с каждым вкладчиком и этот вид договора относится к договорам присоединения. Оформление договора хранения допустимо выдачей банком вкладчику именного сохранного документа, имеющего силу договора присоединения и подтверждающего факт заключения договора, ознакомления и согласия клиента с условиями хранения вещей в ломбарде, и удостоверяющего право владельца данного документа на получение вещи, сданной на хранение, обратно. Данный именной сохранный документ не относится к ценной бумаге, хотя и близок по назначению и функциям к ней (п. 2 ст. 786 ГК).

В соответствии с правилами на проведение отдельных видов хранения ценностей в банке договор хранения ценностей с использованием индивидуального банковского сейфа (ячейки сейфа, отдельного помещения банковского хранилища) может заключаться в устной форме - путем принятия ценностей на хранение банком и выдаче им вкладчику ключа от сейфа, идентифицирующей вкладчика карточки, иного легитимационного знака или документа, которое удостоверяет право предъявителя на доступ к сейфу и получение из него ценностей.

Как правило, по договору хранения ценностей в банке с использованием клиентом индивидуального банковского сейфа (ячейки сейфа, отдельного помещения банковского хранилища) банк принимает от клиента ценности, которые должны храниться в банке, осуществляет контроль за их помещением клиентом в сейф (ячейку сейфа, отдельное помещение банковского хранилища) и изъятием из сейфа. Именно для этих случаев предназначены нормы ГК о хранении ценностей в банке (п.п. 3, 4, 5 ст. 786 ГК).

В то же время в практике банковской деятельности, в том числе и Казахстана, существует и такой вид хранения ценностей в банке, при котором одним из существенных условий является возможность помещения и изъятия ценностей клиентом вне чье-либо контроля, в том числе и банка (п. 6 ст. 786 ГК). В этих случаях к отношениям между банком и клиентом по использованию сейфа (ячейки сейфа, отдельного помещения банковского хранилища) применяются правила об имущественном найме с определенными особенностями, заключающимися в обязанности банка по охране сейфа, в который помещены ценности, от доступа к нему всех третьих лиц. Банк, как правило, освобождается от ответственности за несохранность содержимого сейфа, если он докажет, что полностью выполнил обязанности по ограничению доступа третьих лиц к сейфу, в который помещены ценно

сти, либо выполнение этой обязанности стало невозможно в связи с непреодолимой силой.

Хранение в камерах хранения транспортных организаций. Договор хранения в камерах транспортных организаций является публичным, предполагающим обязанность камеры хранения транспортных организаций принятия на хранение от граждан вещей вне зависимости от того, является он пассажиром или нет, имеет он проездные документы на данном виде транспорта или нет (п. 1 ст. 787 ГК).

Публичность хранения в камерах хранения транспортных организаций предполагает единообразие условий договоров по хранению с различными поклажедателями, закрепленные в правилах по оказанию хранения. Оформление договора хранения в камерах хранения транспортных организаций производится, как правило, путем выдачи поклажедателю квитанции или номерного жетона (п. 2 ст. 787 ГК).

ГК предусматривает специальный суточный срок для производства выплаты по возмещению убытков, причиненных утратой, недостачей либо повреждением вещи, сданной на хранение. Возмещение убытков производится на основе произведенной при принятии поклажи оценки. Возможно возмещение убытков и на основе соглашения относительно суммы подлежащих возмещению убытков. В случае спора нет никаких правовых препятствий по разрешению его в судебном порядке, хотя относительно длительный срок рассмотрения дела в суде может быть неприемлем для поклажедателей - транзитных пассажиров (п. 3 ст. 787 ГК).

Как правило, срок хранения определяется специальными правилами камер хранения либо соглашением сторон при сдаче вещи на хранение. Для камер хранения транспортных организаций предусматривается специальный трехмесячный срок, предшествующий отчуждению невостребованной вещи. Безусловно, в случаях, когда хранителю известно местонахождение или местожительство поклажедателя, он обязан в соответствии с общими правилами о хранении предупредить поклажедателя о возможности отчуждения вещи, сданной на хранение. Распределение выручки от продажи невостребованной вещи производится в соответствии с общими правилами о хранении - вырученная сумма, за вычетом причитающихся хранителю суммы и расходов по реализации имущества, должна¹⁹ быть передана поклажедателю (п. 4 ст. 787 ГК).

Хранение в гардеробах организаций. Хранение в гардеробах организаций предполагается безвозмездным, если вознаграждение за хранение не оговорено при сдаче вещи на хранение (п.1 ст. 788 ГК).

Предметами хранения в гардеробе организаций могут быть верхняя одежда, головные уборы и иные вещи работников и посетителей организаций.

Договор хранения в гардеробе относится к **реальным** договорам. Для хранения вещей в гардеробе предусматривается устная форма договора путем выдачи номерного жетона или иного знака, подтверждающего принятие вещи на хранение (п. 2 ст. 788 ГК).

Сданная вещь должна быть выдана предъявителю номерного жетона, при этом хранитель не обязан проверять полномочия предъявителя жетона на получение вещи. В то же время выдача вещи незакон-

ному владельцу номерного жетона не освобождает хранителя от возмещения убытков перед поклажедателем. Поэтому хранитель вправе задержать выдачу вещи предъявителю жетона (иного принятого знака), если у него возникли сомнения в принадлежности жетона его предъявителю (п. 3 ст. 788 ГК).

Утеря жетона не лишает поклажедателя права на получение вещи. Но он обязан доказать принадлежность ему вещи, требуемой к выдаче. Хранитель вправе при утере жетона выдать вещь и тогда, когда факт сдачи вещи в гардероб определенным лицом не вызывает сомнения (п. 4 ст. 788 ГК).

Ответственность хранителя при хранении вещей в гардеробах организаций определяется по общим правилам о хранении и зависит от возмездности или безвозмездности.

Хранение в гостиницах. ГК предусматривает два вида хранения вещей в гостиницах, предусматривающих различные основания возникновения и различный правовой режим.

Одной из разновидностей хранения вещей в гостиницах является **хранение денег, иных валютных ценностей, ценных бумаг и иных любых ценностей**, возникающее на основании соглашения сторон о хранении этих ценностей в камере хранения гостиницы. Этот вид хранения не имеет особенностей в правовом регулировании, по сравнению с предусмотренным правовым регулированием хранения в общих правилах о хранении.

В то же время второй вид хранения возникает **в силу норм законодательного акта** ГК, предусматривающего обязанности гостиницы по хранению вещей проживающих в ней лиц. Этот вид хранения распространяется на **все вещи жильца гостиницы**, за исключением денег, валютных ценностей и ценных бумаг, за утерю которых гостиница отвечает только в случае принятия их на хранение гостиницей по прямому соглашению сторон (п.1 ст. 789 ГК). Как правило, деньги, валютные ценности и ценные бумаги принимаются гостиницей на хранение в камеру хранения гостиницы, либо сдаются гостиницей в специальные организации, осуществляющие хранение ценностей, например, в банки, либо гостиница устанавливает сейфы для хранения ценностей в номерах для проживания или предоставляет жильцам специальную ячейку сейфа для хранения ценностей (п. 2 ст. 789 ГК).

Рассматриваемый вид хранения гостиницей вещей проживающих в ней лиц возникает в силу норм законодательного акта, не требует никакого специального оформления обязательства по хранению вещей и не может быть отменен по одностороннему волеизъявлению стороны. Поэтому гостиница не может освободиться от обязанности по хранению вещей жильцов, внесенных ими в помещение гостиницы, и, соответственно, не может быть освобождена от ответственности за несохранность вещей путем объявления, например, о том, что она не принимает на себя обязанности по хранению вещей жильцов, принимает обязанность по хранению только определенного количества вещей, ограниченного перечня вещей или не несет ответственности за их несохранность, пропажу, повреждение (п. 4 ст. 789 ГК). Любые такого рода оговорки не будут иметь силы в связи с прямым указанием об этом норм ГК.

Обязанностью поклажедателя при обнаружении пропажи вещи является немедленное извещение об этом хранителя под страхом лишения его права на возмещение убытков в связи с пропажей вещи (п. 3 ст. 789 ГК).

Хотя ГК определяет этот вид как хранение в гостинице, правила о нем распространяются также на хранение в мотелях, домах отдыха, общежитиях, пансионатах, санаториях, банях и других подобных организациях (п. 5 ст. 789 ГК).

Хранение спорных вещей (секвестр). Секвестр как особый вид хранения и его правовое регулирование является новеллой ГК. Сущностью секвестра является передача на хранение третьему лицу вещи, в отношении которой возник спор о принадлежности ее тому или иному лицу - спор о праве собственности или ином вещном праве (например, праве владения), для обеспечения ее сохранности и предотвращения гибели, порчи, повреждения или незаконного отчуждения спорной вещи (п. 1 ст. 790 ГК).

Данный вид хранения может возникнуть на основании договора - соглашения сторон о передаче предмета спора третьему лицу под его обязанность хранить эту вещь до разрешения спора и передать ее тому, кому она будет присуждена по решению сторон, либо тому, кому она должна быть передана по достигнутому между спорящими сторонами соглашению. При возникновении секвестра на основании договора хранитель определяется по соглашению спорящих сторон, а в случаях, когда между спорящими сторонами имеется соглашение в установленном порядке о передаче рассмотрения этого вопроса в суд - и по решению суда. Хранителем может выступать как профессиональная организация, так и любое иное лицо (п. 2 ст. 790 ГК).

Секвестр может возникнуть и непосредственно **на основании судебного решения**, когда суд для обеспечения сохранения спорной вещи передает ее на хранение как третьему лицу, определенному по взаимному соглашению спорящих сторон, так и любому лицу, назначенному судом без всякого на то согласия спорящих сторон. По **общему** правилу, при установлении судебного секвестра необходимо согласие хранителя на осуществление этого вида хранения. Исключением из этого правила являются случаи, когда иное установлено законодательными актами, например, обязанность нотариальной конторы принимать на сохранение движимые вещи и деньги в депозит нотариальной конторы.

Одной из особенностей данного вида хранения является возможность принятия на хранение как движимых, так и недвижимых вещей. При этом недвижимые вещи при установлении секвестра передаются во владение хранителя и требуют регистрации договора хранения спорных недвижимых вещей в порядке, установленном законодательством о регистрации недвижимого имущества и сделок с ним (п. 3 ст. 790 ГК).

§ 3. Хранение на товарном складе

ГК ввел впервые на законодательном уровне правовое регулирование хранения на товарных складах. Данный вид хранения довольно широко распространен в имущественном обороте и объективно требует такого урегулирования.

ГК предусматривает общие положения о хранении на товарных складах и возможность особого

правового регулирования отдельных сторон деятельности по хранению на уровне подзаконных актов, в частности, вопросов технических условий хранения, стандартов, правил хранения отдельных видов товаров и т. д.

В качестве общих положений данного вида хранения в ГК дается определение товарного склада, классифицирующее признаки товарного склада общего пользования и особенности правового регулирования его деятельности, порядок возмещения убытков, способы оформления договора хранения на товарном складе, виды складских документов и их правовое значение.

При этом существенным признаком обязательства хранения на товарном складе является особый субъектный состав и предпринимательский характер деятельности по хранению. Обязательство хранения на товарном складе регулирует **деятельность особого субъекта - товарного склада общего пользования**, под которым понимается предприниматель, оказывающий публичные услуги третьим лицам без ограничения их круга по хранению любых видов товаров в качестве предпринимательской деятельности. Поэтому под хранением на товарном складе понимается исключительно **предпринимательская деятельность**, и под это обязательство не подпадает

деятельность по хранению собственного имущества либо деятельность по хранению, как неотъемлемый элемент какого-либо технологического процесса в ходе производства товаров, например, хранение на заводе-изготовителе готовой продукции, хранение собственного товара торгующими организациями и т. д. В соответствии с п. 1 ст. 792 ГК к товарным складам общего пользования не относятся товарные склады, которые в соответствии с требованиями законодательства могут принимать товары на хранение только от ограниченного круга лиц. К таким складам относятся, например, таможенные склады для хранения товаров импортеров до оформления таможенных процедур, а также любые иные склады, которым в соответствии с законодательными актами предоставлено право принимать на хранение имущество в качестве предпринимательской деятельности от ограниченного круга лиц.

Товарным складом признается коммерческая организация, осуществляющая хранение товаров и оказывающая связанные с хранением услуги в качестве предпринимательской деятельности

(ст. 791 ГК). С учетом того, что и некоммерческие организации вправе осуществлять в установленном порядке предпринимательскую деятельность по хранению товаров, необходимо признать, что нормы о товарном складе распространяются в этих случаях и на них. Товарные склады могут быть как ведомственные или иные, осуществляющие в силу норм законодательных актов об этих видах складов или в силу специальной правоспособности, либо положений учредительных документов хранение товаров только определенного круга поклада-дателей, так и общего пользования.

Предметом хранения на товарном складе являются вещи, относящиеся к товарам. При этом нормы ГК применяются к хранению различного по физическим свойствам товара: нефти, нефтепродуктов, сельскохозяйственной продукции, станков, машин, оборудования и т. п.

Классифицирующими признаками товарного склада общего пользования является публичный характер оказываемых им услуг по хранению / осуществление хранения в качестве профессиональной пред- 470 приемательской деятельности и обязанность принятия товара на хранение от неограниченного круга лиц. Соответственно, договор хранения товаров на складах общего пользования относится к числу публичных со всеми вытекающими из этого последствиями, например, невозможностью отказа какому-либо лицу в осуществлении хранения при наличии технических возможностей, одинаковые условия хранения для всех поклажедателей и т. д. (ст. 792 ГК).

Безусловно, на товарные склады, в том числе и общего пользования, распространяются общие положения о хранении с особенностями, специально предусмотренными для них.

Одной их таких особенностей является **круг обязанностей товарного склада при принятии товара на хранение**. Товарный склад обязан за свой счет производить осмотр товаров при приеме их на хранение (п. 2 ст. 793 ГК).

Товарный склад также обязан в любое время во время осуществления хранения предоставлять по требованию поклажедателя возможность осмотра склада, ознакомления с условиями хранения, взятия образцов проб хранимых вещей и осуществления всех иных действий для ознакомления с условиями хранения и принимаемыми хранителем мерами для обеспечения сохранности товаров. Данное право поклажедателя особо важно для последнего при осуществлении хранения с обезличиванием, предусматривающим риски, связанные со смешением товара с иным товаром того же рода и качества, например, получение по окончании хранения товара качеством ниже сданного, гибель товара одного поклажедателя по причине свойств товара иного поклажедателя и т. д. (п. 3 ст. 793 ГК).

Помимо вытекающей из общих положений о хранении обязанности хранителя по принятию всех необходимых мер для обеспечения сохранности вещи, сданной на хранение, на товарный склад, как правило, возлагается **обязанность по соблюдению специальных условий хранения отдельных видов товара** либо специальных требований к порядку осуществления деятельности и по техническому оснащению отдельных видов товарных складов, закрепленных законодательством и иными нормативными правовыми актами в виде стандартов, технических условий, инструкций по хранению и т. д. (п. 1 ст. 793 ГК).

В ГК предусматривается право товарного склада на **удержание товара**, сданного на хранение, в обеспечение договорных либо законодательно закрепленных расходов товарного склада по хранению, в том числе и вознаграждения (ст. 795 ГК).

ГК предусматривает также особенности в правовом оформлении отношений между поклажедателем и хранителем, которые проявля-

ются, в частности, в возможности оформления этих отношений как договором, так и **выдачей ценной бумаги - складского свидетельства**, которое было введено в ГК.

Проведение рыночных реформ в Республике Казахстан и их законодательное обеспечение безусловно способствовали появлению в имущественном обороте новых для Казахстана видов ценных бумаг, одними из которых являются складские свидетельства. Их сущностью является унификация оформления прав поклажедателя по обязательству хранения и повышение оборотоспособности имущества, находящегося на хранении (поклажи). Складские свидетельства могут применяться в любой отрасли экономики и при оформлении прав поклажедателя на любой вид товара. В то же время на сегодняшний день складываются определенные тенденции разработки правового регулирования складских свидетельств при принятии новых законодательных актов, регулирующих отдельные виды предпринимательской деятельности, связанной с оказанием услуг по хранению товаров. Указанные тенденции имеют как положительное, так и отрицательное значение для развития рынка складских свидетельств. Так, в настоящее время правовое регулирование складских свидетельств в области оборота зерна закреплено в Законе о зерне, которым вводится новая разновидность складских свидетельств - зерновая расписка.

В соответствии с ГК складские свидетельства являются одним из способов оформления хранения на товарном складе. Такое хранение может оформляться также классическим способом - путем заключения двустороннего договора хранения, порядок заключения которого и законодательные требования к которому предусмотрены § 1 "Общие положения о хранении" главы 39 ГК (ст. ст. 768-783 ГК), либо, в связи с признанием п. 2 ст. 792 ГК договора складского хранения товарного склада общего пользования публичным договором, путем применения механизма договора присоединения. В последнем случае условия договора закрепляются в формулярах и иных стандартных формах, например, в правилах конкретного товарного склада общего пользования по осуществлению хранения и порядку заключения и оформления принятия поклажи на хранение (с закреплением формы заявления поклажедателя о присоединении к условиям предложенного договора в целом, разработкой перечня документов, подтверждающих оплату услуг по хранению и принятию товара на хранение и т. д.). Поэтому складские свидетельства не являются исключительным способом оформления правоотношения между товарным складом и поклажедателем при хранении на товарном складе. Складские свидетельства являются лишь альтернативным договорному способу оформления отношений по хранению для повышения оборото-

472
способности имущества, находящегося на хранении на товарном складе, и унификации отношений между товарным складом общего пользования и поклажедателем, между поклажедателем и третьими лицами при отчуждении поклажи.

При оформлении отношений между поклажедателем и товарным складом общего пользования путем заключения двустороннего дого-

вора последующее отчуждение товара, находящегося на хранении, требует заключения отдельного договора купли-продажи между поклажедателем-продавцом и покупателем товара, а также требует оформления уступки прав по договору хранения либо прекращения первоначального договора хранения и заключения покупателем товара нового двустороннего договора хранения с товарным складом общего пользования. У покупателя товара возникают определенные риски, связанные с возможностью исполнения товарным складом общего пользования своих обязанностей по выдаче товара первоначальному поклажедателю - продавцу в период до оформления отношений по хранению с покупателем - новым поклажедателем. При использовании договора присоединения для оформления отношений между поклажедателем и товарным складом общего пользования также сохраняются определенные сложности для оформления отношений сторон по договору купли-продажи и оформлению отношений между покупателем и товарным складом. При заключении договора купли-продажи покупатель товара, находящегося на хранении, также обязан отдельно и дополнительно к договору купли-продажи оформить свои отношения с товарным складом общего пользования. Использование же складского свидетельства, правовое регулирование оборота которого предусмотрено законодательством, значительно упрощает оформление отношений между товарным складом и поклажедателем, отношений между покупателем и продавцом по отчуждению товара, находящегося на хранении, а также оформление уступки прав поклажедателя покупателю такого товара и отношений товарного склада и покупателя товара - нового поклажедателя.

Необходимость унификации отношений путем использования складских свидетельств также обусловлено тем, что, как правило, у товарных складов общего пользования значительное число клиентов. К тому же договор складского хранения, заключаемый товарным складом общего пользования, признается в соответствии с п. 2 ст. 792 ГК публичным договором, предполагающим, по общему правилу, одинаковые условия для всех поклажедателей. Оформление отношений по хранению выдача складского свидетельства не требует заключения договора - отдельного письменного документа. Товарному складу общего пользования достаточно разработать, как и при договоре присоединения, определенные стандартные правила по осуществлению хранения путем оформления хранения выдачей складского свидетельства. При соблюдении этих условий товарному складу общего пользования не требуется заключение отдельного договора с каждым клиентом, а с учетом того, что правовое регулирование оборота складских свидетельств закреплено в нормах законодательного акта, оформление хранения выдачей складского свидетельства значительно упрощает и унифицирует отношения по хранению.

ГК предусматривает два вида складских свидетельств, при помощи которых возможно оформление отношений по хранению на товарном складе: простое складское свидетельство и двойное складское свидетельство. В соответствии с п. 2 ст. 797 ГК двойное складское свидетельство, каждая его часть и простое складское свидетельство отнесены к ценным бумагам, что обуславливает применение к ним норм ст. ст. 129-135 ГК, предусматривающих общие положения о правовом регулировании ценных

бумаг. Правовое регулирование простого складского свидетельства и двойного складского свидетельства, имея общие принципы и правила, в то же время имеют и существенные различия по форме, способу легитимизации ее владельца и содержанию самого документа.

Двойное складское свидетельство, в отличие от состоящего из одной части простого складского свидетельства, всегда состоит из двух частей: складского свидетельства и залогового свидетельства, и оборот двойного складского свидетельства предполагает наличие одновременно обеих частей, хотя они могут передаваться как вместе, так и порознь, могут находиться как у одного, так и у различных лиц. При этом обе части двойного складского свидетельства идентичны по содержанию, но имеют различное наименование: складское свидетельство и залоговое свидетельство (варрант), а также различное предназначение. Каждая из частей двойного складского свидетельства, помимо названия, должна содержать: наименование и адрес склада, принявшего товар на хранение; текущий номер складского свидетельства по реестру склада; наименование организации либо имя гражданина, от которых принят товар на хранение, а также место нахождения (место жительства) товаровладельца; наименование и количество товара, число товарных мест; сумма принятого товара; срок, на который товар принят на хранение, если таковой устанавливается; тарифы и порядок оплаты хранения; дата выдачи складского свидетельства; подпись уполномоченного лица и печать товарного склада.

Складское свидетельство удостоверяет права поклажедателя, а залоговое - права залогодержателя имущества, являющегося предметом хранения, а одновременное владение обеими частями двойного складского свидетельства удостоверяет права поклажедателя, чье имущество не обременено залогом. Складское свидетельство может передаваться и в случае установления залога на поклажу, залоговое же свидетельство, при выдаче его залогодержателю и установлении залога, не может быть индоссировано последующим держателям, а может передаваться только в случае уступки прав по основному обязательству по общим правилам уступки права требования (цессии).

При предоставлении хранящегося на складе товара в залог, осуществленного путем совершения передаточной надписи на залоговом свидетельстве и передаче его залогодержателю, об этом должна быть сделана отметка (запись) на складском свидетельстве. Предоставление товара в залог и передача залогового свидетельства должны быть также зарегистрированы в реестре склада, в котором регистрируется выдача складских документов и который должен быть открыт для обозрения (ознакомления) всеми заинтересованными лицами (п. 3 ст. 800 ГК).

Необходимо отметить, что залоговое свидетельство и права по нему также могут быть переданы другим лицам в залог, но с соблюдением определенных правил, вытекающих из правил уступки залоговых прав, предусмотренных ст. 325 ГК. Передача залогодержателем - владельцем залогового свидетельства своих прав по залоговому свидетельству может быть осуществлена либо путем уступки прав по обеспеченному залогом обязательству и, соответственно, передачи прав по обеспечению - залоговому свидетельству, либо путем обеспечения

иных обязательств залогодержателя перед третьими лицами требованием по обеспеченному залоговым свидетельством обязательству и, соответственно, передачей прав по обеспечению этого требования. В последнем случае предметом залога будет выступать обеспеченное залоговым свидетельством требование и само залоговое свидетельство как вещь, но не товар, права на которое удостоверено двойным складским свидетельством. При этом залогодержатель -владелец залогового свидетельства вправе передать права по залоговому свидетельству только в объеме, не превышающем объема принадлежащих ему прав. Любая передача залогового свидетельства должна быть зарегистрирована в реестре товарного склада.

Если товар за время хранения не предоставляется в залог, владелец двойного складского свидетельства вправе совершать любые сделки с товаром, в том числе и без всяких препятствий получить товар путем предъявления товарному складу обеих частей двойного складского свидетельства. Передача держателем двойного складского свидетельства обеих частей данного товарораспорядительного документа может совершаться путем совершения передаточной надписи на складском свидетельстве и передачи обеих частей последующему владельцу двойного складского свидетельства, что означает передачу всех прав на хранящийся на складе товар (п. 3 ст. 800 ГК).

Основное отличие по способу легитимации владельца ценной бумаги заключается в том, что простое складское свидетельство относится к **предъявительским ценным бумагам**, а двойное складское свидетельство и каждая ее часть относятся к **ордерным ценным бумагам**. Для передачи прав по простому складскому свидетельству необходима и достаточна передача самого складского свидетельства. Для передачи прав по двойному складскому свидетельству необходимо совершение передаточной надписи на каждой или одной из ее частей и, соответственно, передача обеих частей двойного складского свидетельства или только одной ее части. Так, для передачи прав (например, при продаже - передаче права собственности и прав поклажедателя покупателю товара) на товары, находящиеся на хранении и не обремененные залогом, необходимо совершение передаточной надписи на обеих частях и передача обеих частей двойного складского свидетельства. Для установления залога на товары, находящиеся на хранении, необходимо совершение передаточной надписи и передачи варранта - залогового свидетельства, а также учинение особой отметки на складском свидетельстве об установлении залоговых прав на поклажу. Для передачи прав на товары, находящиеся в залоге, необходимо совершение передаточной надписи на складском свидетельстве и ее передача.

Простое складское свидетельство, являясь ценной бумагой на предъявителя, удостоверяет **принятие товара на хранение товарным складом, а также безусловное право законного владельца на товары**, сданные на хранение, в том числе и безусловное право на их получение от товарного склада, выдавшего данный складской документ, в обмен на передачу последнему простого складского свидетельства. Передача прав по простому складскому свидетельству осуществляется простой передачей самого товарораспорядительного документа, а получение товара со склада требует предъявление складского свидетельства и передачи

его товарному складу взамен получаемого товара. Необходимость передачи простого складского свидетельства товарному складу при получении товара владельцем данного товарораспорядительного документа обусловлено необходимостью предотвращения двойного исполнения - выдача товара без получения простого складского свидетельства не освобождает склад от обязанности исполнения предъявителю данного товарораспорядительного документа впоследствии либо возмещения убытков перед ним за утерю товара, сданного на склад (ст. 798 ГК). 476

Отнесение к различным видам ценных бумаг обуславливает основное различие по их содержанию. Простое складское свидетельство как предъявительская ценная бумага не содержит сведений о своем владельце, но должно содержать указание на то, что оно выдано на предъявителя. В остальном, помимо своего наименования, отсутствия сведений о владельце ценной бумаги и указания о выдаче простого складского свидетельства на предъявителя, содержание простого складского свидетельства идентично содержанию каждой части двойного складского свидетельства.

Сущность ценных бумаг обуславливает необходимость их предъявления для удостоверения правомочий их владельца, что имеет место и при оформлении отношений по хранению на товарном складе путем выдачи складских свидетельств. Удостоверение прав на поклажу может потребоваться как при получении товара со склада, так и при совершении сделок с ним с третьими лицами. Но при этом, в зависимости от применяемого вида складских свидетельств, предусмотрен различный объем правомочий их владельца и различная процедура удостоверения различных по своей сущности и объему прав. Так, предъявление простого складского свидетельства безусловно удостоверяет наличие у его владельца прав поклажедателя и, соответственно, удостоверяет его право собственности на поклажу, правомочия по владению, пользованию и распоряжению поклажей, требованию выдачи поклажи и т. д. При оформлении же хранения путем выдачи двойного складского свидетельства для удостоверения прав поклажедателя и их осуществления в полном объеме без ограничений необходимо предъявление обеих его частей, например, при получении товара со склада либо при совершении с ним сделок с третьими лицами. Предъявление каким-либо лицом товарному складу залогового свидетельства отдельно от складского свидетельства удостоверяет право залога владельца залогового свидетельства на имущество, находящееся на хранении. Предъявление складского свидетельства отдельно от залогового удостоверяет права поклажедателя, чья поклажа находится в залоге, что обуславливает определенные ограничения при получении товара со склада, а также информирует третьи лица, что товар находится в залоге.

В то же время владелец складского свидетельства не вправе, по общему правилу, взять товар со склада без предъявления второй части - залогового свидетельства (п. 2 ст. 800 ГК). Нарушение этого правила со стороны товарного склада возлагает на него ответственность перед держателем залогового свидетельства в пределах суммы обеспечения залогом хранящихся товаров (п. 3 ст. 802 ГК).

Отсутствие залогового свидетельства создает презумпцию обременения товара, находящегося на товарном складе на хранении, залогом. Поэтому склад, несущий ответственность перед владельцем залогового свидетельства в пределах суммы залогового обеспечения, вправе выдать товар владельцу складского свидетельства в обмен на складское свидетельство и без предоставления залогового свидетельства, при условии внесения последним товарному складу всей соответствующей суммы обеспечения по залоговому свидетельству (п. 5 ст. 800, п. 1 ст. 802 ГК).

Как правило, складские свидетельства могут выдаваться товарными складами общего пользования, имеющими в силу публичности оказываемых услуг по хранению специальные общие правила, предусматривающие условия осуществления хранения. В то же время нет никаких законодательных препятствий для применения складских документов и иными товарными складами, не относящимися к складам общего пользования.

Довольно удачно разработанное в ГК правовое регулирование оборота складских свидетельств имеет один существенный недостаток, который может негативно сказаться на применении двойных складских свидетельств и ограничить их широкое применение в имущественном обороте. Это касается прав держателя залогового свидетельства при реализации заложенного товара и недостаточности вырученной суммы для полного удовлетворения требований по обеспеченному залогом обязательству. В соответствии с п. 6 ст. 800 ГК держатель залогового свидетельства вправе взыскать неполученную сумму без всякого ограничения и со всех без ограничения индоссантов, на которых в связи с этим правом возлагается **солидарная ответственность** за оплату требования, обеспеченного залоговым свидетельством. Солидарная ответственность возлагается даже на тех индоссантов, которые не знали и не могли знать о том, что в будущем передаваемый им товар последующим держателям двойного складского свидетельства может быть предоставлен в залог, и на них в соответствии с неисполнением обеспеченного залогом обязательства будет возложена солидарная ответственность за исполнение этого обязательства, размер которого не ограничивается стоимостью товара, удостоверенного двойным складским свидетельством. К тому же данное положение в корне противоречит как принципам удостоверения имущественных прав ценными бумагами, так и принципам залоговых обязательств,⁴²⁹ что обуславливает необходимость внесения соответствующих изменений в ГК.

В соответствии с принципами залоговых обязательств обеспечением при залоге выступает стоимость предмета залога, и ответственность залогодателя ограничивается пределами стоимости заложенного имущества. В соответствии с п. 6 ст. 319 ГК при недостаточности вырученной при реализации предмета залога суммы для покрытия требований залогодержателя, залогодержатель вправе получить недостающую сумму из прочего имущества должника, не пользуясь при этом преимуществом, основанном на залоге, так как залоговое обязательство ограничивается только стоимостью заложенного имущества. Иначе говоря, залогодержатель не вправе получить недостающую сумму с залогодателя, но вправе на общих основаниях получить недостающую

сумму с должника по основному обязательству, как это было бы в случае, когда не имеется вообще обеспечения залогом. В случае, если залогодатель и должник являются различными лицами, это не вызывает никаких затруднений в восприятии. Залогодатель - вещный поручитель предоставляет обеспечение за третье лицо в виде залога определенного имущества и свыше стоимости заложенного имущества не несет никакой ответственности за неисполнение должником своих обязательств по основному обеспеченному обязательству. Должник же по основному обязательству несет полную ответственность за неисполнение обеспеченного залогом обязательства в соответствии с правилами имущественной ответственности за неисполнение обязательств согласно ст. ст. 20 и 44 ГК. Аналогично должен решаться вопрос разграничения ответственности залогодателя и должника при совпадении их в одном лице. В случае совпадения в одном лице залогодателя и должника по основному обязательству, данное лицо несет ответственность в качестве залогодателя только в пределах стоимости предмета залога, а сверх стоимости предмета залога его ответственность возникает только в связи с правилами имущественной ответственности за неисполнение обязательств согласно ст. ст. 20 и 44 ГК.

При залоге товара, находящегося на хранении на складе, происходит совершение передаточной надписи в пользу залогодержателя и передача ему залогового свидетельства, с производством на складском свидетельстве, остающемся у залогодателя, отметки об установлении залоговых прав. При этом совершение передаточной надписи и передача залогового свидетельства залогодержателю не меняют сущности и предмета залога - в залог предоставляется товар, находящийся на хранении, при котором обязательство по хранению оформлено выдачей двойного складского свидетельства, а обязательство по залому оформляется путем передачи залогодержателю залогового свидетельства. И согласно ст. ст. 299-328 ГК ответственность залогодателя, совершившего передаточную надпись на залогодержателя и передавшего ему залоговое свидетельство, ограничивается только лишь стоимостью предмета залога - товаров, находящихся на хранении. Сверх стоимости этих товаров ответственность за неисполнение обеспеченного залоговым свидетельством обязательства несет должник по основному обязательству. Залогодатель и должник по основному обязательству могут совпасть в одном лице, хотя возможно и вещное поручительство (обеспечение обязательства третьего лица) при совершении передаточной надписи и передаче залогового свидетельства залогодержателю. Но от этого никак не меняется сущность ответственности залогодателя и должника по основному обязательству. В то же время п. 6 ст. 800 ГК вносится дополнительное обеспечение прав залогодержателя, сущность которого заключается в возложении на всех индоссантов по двойному складскому свидетельству дополнительной солидарной ответственности за оплату обеспеченного залоговым свидетельством требования. Природа такой солидарной ответственности индоссантов никак не вытекает из природы залоговых отношений.

Данная солидарная ответственность также противоречит принципам удостоверения ценной бумагой имущественного права, имеющего конкретную стоимость или порядок определения его стоимости. Например, стоимость имущественного права, удостоверенного переводным векселем, соответствует величине денежного обязательства, выраженного в векселе в определенной валюте. При учинении залогового индоссамент по векселю залогодержатель «праве осуществлять все права, вытекающие из векселя, но его требования ограничиваются величиной денежного обязательства по векселю - вексельной суммы.

В случае же учинения авая по векселю, платеж по векселю может быть обеспечен лишь в пределах вексельной суммы или ее части, и ответственность авалиста не может превышать величины вексельной суммы, которой обозначается стоимость удостоверенного векселем имущественного права.

Стоимость имущественного права, вытекающего из ипотечного свидетельства, соответствует размеру основного требования, обеспечиваемого ипотекой, но ограничивается стоимостью предмета ипотеки - заложенной в соответствии с ипотечным свидетельством.

Дополнительное обеспечение прав залогодержателя в виде возложения на всех индоссантов по двойному складскому свидетельству дополнительной солидарной ответственности по обеспеченному залоговым свидетельством требованию в соответствии с п. 6 ст. 800 ГК не вытекает ни из залоговых правоотношений, ни из природы ценных бумаг и является новым видом обеспечения, не соответствующим природе, и назначению двойных складских свидетельств. 480 '

Риск же возможной солидарной ответственности за обязательства последующих держателей двойного складского свидетельства при предоставлении ими в залог товара, удостоверенного двойным складским свидетельством, а также отсутствие ограничений такой ответственности какими-либо пределами существенно снижает привлекательность развития этого вида ценных бумаг.

Для исправления создавшейся негативной ситуации для применения двойных складских свидетельств и для перспективы развития рынка складских свидетельств необходимо внесение изменений и дополнений в п. 6 ст. 800 ГК путем либо исключения второго предложения указанного пункта, либо редакционного его изменения. Необходимо привести его содержание в соответствие с принципами залоговых отношений об ограничении ответственности залогодателя и всех индоссантов по двойному складскому свидетельству стоимостью предмета залога и о возложении ответственности на должника по обеспеченному залогом обязательству при недостаточности вырученной при реализации предмета залога суммы.

Оформление договора хранения путем выдачи специальных складских документов не исключает возможности оформления договорных отношений и без выдачи таких документов, а при помощи заключения двухстороннего договора либо выдачей хранителем поклажедателю сохранной расписки, квитанции или иного подписанного хранителем документа. В то же время имеется пример закрепления законодательными актами, например, **Законом о зерне**, для отдельных видов товарных складов обязанности оформления договора только при помощи складских свидетельств.

Закрепление в **Закоме о зерне складских свидетельств в области оборота зерна**, имея положительное значение для применения данного вида ценных бумаг в области оборота зерна, имеет и ряд существенных негативных моментов. Несмотря на то, что подпунктом 9 ст. 1 Закона о зерне зерновая расписка определена как двойное складское свидетельство, правовое регулирование зерновой расписки, предусмотренное ст. ст. 39-41 Закона о зерне, существенно отличается от правового регулирования двойных складских свидетельств, предусмотренных ГК. Например, в соответствии со ст. 39 Закона о зерне: 1) зерновая расписка является исключительным способом оформления отношений по хранению между хлебоприемным предприятием и товаровладельцем зерна, в то время как ГК допускает оформление отношений по хранению на товарном складе как договором, так и выдачей складских свидетельств; 2) Закон о зерне предусматривает только один вид зерновой расписки, в то время как в ГК допускается два вида складских свидетельств - простого складского свидетельства и двойного складского свидетельства; 3) содержания частей зерновой расписки не идентичны, в то время как в соответствии с п. 1 ст. 799 ГК содержание частей двойного складского свидетельства идентично, за исключением только названия соответствующей части; 4) содержание первой части зерновой расписки, по сравнению с содержанием частей двойного складского свидетельства в соответствии со ст. 799 ГК, не содержит сведений о тарифах и порядке оплаты хранения; 5) содержание залогового свидетельства зерновой расписки вообще не соответствует требованиям к содержанию частей складского

свидетельства, предусмотренным п. 2 ст. 799 ГК; 6) залоговое свидетельство в соответствии с подпунктом 2) п. 2 ст. 39 Закона о зерне выдается только в случае передачи хранящегося зерна в залог, в то время как в соответствии с п. 1 ст. 799 ГК двойное складское свидетельство состоит из двух частей, и залоговое свидетельство должно быть выдано первому держателю двойного складского свидетельства одновременно с выдачей первой его части - складского свидетельства; 7) выдача залогового свидетельства при установлении залога на зерно не требует, в соответствии с Законом о зерне, совершения отметки об этом на первой части зерновой расписки, в то время как в соответствии с п. 4 ст. 800 ГК при установлении залоговых прав на товары (при передаче в залог товара, совершения индоссаменты по залоговому свидетельству на имя залогодержателя и передачи залогового свидетельства залогодержателю) об этом делается отметка на складском свидетельстве.

Указанные противоречия положений Закона о зерне нормам ГК не позволяют применять правовое регулирование, предусмотренное в ГК, к зерновым распискам, и требуют признания зерновых расписок отдельным видом неэмиссионных ценных бумаг, отличающимся от двойных складских свидетельств, предусмотренных ГК. Это, безусловно, негативно скажется на развитии рынка зерновых расписок. Правовое регулирование зерновых расписок, предусмотренное в Законе о зерне, не охватывает весь круг вопросов, связанных с их оборотом. Например, в Законе о зерне не решены вопросы об оплате услуг хлебоприемного предприятия, о сроках заявления товаровладельцем своих претензий о недостатках зерна, полученного с хлебоприемного предприятия, об ответственности хлебоприемного предприятия за несохранность зерна и т. д. Сам Закон о зерне содержит ряд внутренних противоречий и представляет из себя, в части регулирования отношений по хранению, нормативный правовой акт, разработанный на низком уровне законодательной техники. В самом тексте Закона о зерне не раз упоминаются договорные отношения между хлебоприемным предприятием и хранителем зерна (см., например, п. 5) ст. 5, п. 1 ст. 13, п. 1 ст. 15, п. 1) п. 1 ст. 26, п. п. 3) п. 3 ст. 31, п. п. 2) п. 3 ст. 38 Закона о зерне), в то же время Закон о зерне не допускает заключения договора как способа оформления отношений по хранению и предусматривает исключительный способ оформления отношений по хранению через выдачу зерновой расписки (ст. 39 Закона о зерне), которая никак не относится к договору, а является ценной бумагой.

Правовое же регулирование двойных складских свидетельств, предусмотренное в ГК (ст. ст. 791-802 ГК), намного полнее и детализированнее по сравнению с правовым регулированием зерновых расписок, предусмотренным в Законе о зерне (ст. ст. 39-41 Закона о зерне). К тому же, правовое регулирование двойных складских свидетельств в соответствии с ГК не ограничивается только лишь ст. ст. 791-802 ГК, а регулируется также иными взаимосвязанными нормами ГК как кодифицированного нормативного акта: общими положениями о хранении (ст. ст. 768-783 ГК), нормами о ценных бумагах (ст. ст. 129-135 ГК), о залоге (ст. ст. 299-328 ГК) и т. д. Поэтому разработать полное правовое ре-

регулирование отдельного вида ценных бумаг довольно сложно в отдельном законодательном акте, и эта задача не может быть решена тремя статьями этого законодательного акта. В создавшейся ситуации необходимы существенные изменения в Закон о зерне, для создания более приемлемого правового регулирования зерновых расписок, сравнимого с правовым регулированием двойных складских свидетельств, предусмотренным ГК. Либо необходимо полное исключение статей, посвященных правовому регулированию зерновых расписок (ст. ст. 39-41 Закона о зерне), закрепив соответствующую отсылочную норму к ГК в части регулирования порядка оформления отношений по хранению между хлебоприемным предприятием и товаровладельцами зерна, в том числе и в части оборота зерновых расписок - разновидности двойных складских свидетельств. К тому же такая отсылка позволила бы применить для оформления отношений по хранению, помимо зерновых расписок, также и обычный договор.

В качестве негативного момента правового регулирования зерновых расписок, предусмотренного в Законе о зерне, необходимо отметить солидарную ответственность всех держателей зерновой расписки перед залогодержателем по обязательствам залогодателя. Ответственность держателей зерновой расписки так же, как и в ГК, не ограничивается стоимостью зерна, хранение которого оформлено данной зерновой распиской. Это положение так же снижает привлекательность применения зерновых расписок и требует приведения в соответствие с принципами залоговых отношений, в соответствии с которыми залогодатель (лицо, выдавшее залоговую зерновую расписку) должен отвечать перед залогодержателем только в пределах стоимости предмета залога. Следовательно, ответственность предыдущих держателей зерновой расписки также должна ограничиваться стоимостью зерна - предмета залога, а при недостаточности этой стоимости для полного удовлетворения требований залогодержателя, ответственность, в части недополученного удовлетворения за счет стоимости предмета залога, должна возлагаться на должника по обеспеченному залогом обязательству, а не залогодателя и, соответственно, предыдущих держателей зерновой расписки.

Глава 49. Страхование

§ 1. Понятие страхования, его элементы и виды 434

В самом широком значении этого слова **"страхование"** означает защиту от неблагоприятных последствий чего-либо.

В этом смысле страхование возникло вместе с самим человеком и является неотъемлемым свойством его природы. Уже в древние времена человек понял необходимость создания запасов материальных и денежных средств на случай какой-либо беды или несчастья. Отсюда существование такой формы страхования как "самострахование" или "собственное страхование".

Потребность в страховании усиливается вместе с накоплением материальных богатств и возникновением собственности, где возникает естественное чувство боязни утраты этой собственности.

Постепенно страхование превратилось в специальную отрасль обслуживания общества. Выделились люди и организации, занимающиеся этим профессионально. Возникла и потребность в правовом регулировании страховой деятельности. В результате постепенно наращивался тот правовой материал, который мы сейчас называем **страховым правом**⁹⁵.

Само слово "страхование" производно, естественно, от слова "страх". Действительно, страхование всегда продиктовано боязнью потерять нечто. Посредством его снимется чувство страха, достигается уверенность в своем будущем. И неслучайно в старину страхование определялось как переложение "страха" со страхователя на страховщика.

В самых общих чертах страхование заключается в следующем.

Юридическое или физическое лицо (страхователь), опасаясь за условия своего существования или условия существования другого лица (застрахованного), которые могут ухудшиться в результате наступления определенного события или просто стечения жизненных обстоятельств (страхового случая), за относительно небольшую плату (страховую премию), пользуется услугами другого лица (страховщика), принимающего на себя обязательство поддержать эти условия путем денежной выплаты (страховой выплаты). Например, страхователь имеет в собственности дом стоимостью 500 тысяч тенге (страховая стоимость). Страховщик обязуется за плату в размере 1000 тенге (страховая премия) выплатить страхователю 400 тысяч тенге (страховая выплата) в случае, если дом погибнет в результате пожара (страховой случай). Тем самым страхователь, застраховав свой дом, будет пребывать в относительно спокойном состоянии духа, зная, что случись несчастье в виде пожара, его жилищные условия в какой-то степени будут сохранены.

Интерес страхователя от данной операции заключается в том, что, отдав страховщику 1000 тенге, он может получить с него 400 тысяч тенге, то есть в 400 раз больше. Интерес страховщика в том, что страховой случай может и не произойти, тогда выплачивать ничего не придется и 1000 тенге останутся ему.

Как правило, страхование основано на **риске** - произойдет или не произойдет страховой случай. Если произойдет, страхователь, отдав 1000 тенге, получит 400 тысяч. Но тогда проиграет страховщик: получив 1000 тенге, он будет вынужден отдать 400 тысяч. Если же страхового случая не произойдет, то в выигрыше будет страховщик, так как приобретет 1000 тенге (своеобразная плата за страх, переживаемый в связи с возможностью наступления страхового случая). В проигрыше же будет страхователь - деньги ушли безвозвратно. Правда, уплатив их, он взамен приобретает относительное душевное спокойствие, так как будет знать: случись что-нибудь, его убытки будут возмещены, свое чувство страха он передает страховщику. Таким образом, в психологическом плане страхование - это, в конечном счете, передача одним лицом (страхователем) ощущения страха по поводу возможности наступления чего-нибудь неблагоприятного другому (страховщику).

В зависимости от своего объекта страхование подразделяется на имущественное или личное.

⁹⁵ О страховом праве см. подробнее: Худяков А. И. Страхование права Республики Казахстан. Алматы, 1997; Его же: Страхование права. Санкт-Петербург, 2001.

К **личному** страхованию относится страхование жизни, здоровья, трудоспособности и иных связанных с личностью гражданина интересов.

К **имущественному** страхованию относится страхование имущества и связанных с ним интересов.

Имущественное страхование подразделяется на: 1) страхование имущества; 2) страхование предпринимательского риска; 3) страхование гражданско-правовой ответственности. Последнее в свою очередь подразделяется на: а) страхование гражданско-правовой ответственности за причинение вреда; б) страхование гражданско-правовой ответственности по договору.

При страховании имущества страхуется риск утраты (гибели), недостачи или повреждения имущества или других имущественных благ управя.

486

Договор страхования имущества, заключенный при отсутствии у страхователя или выгодоприобретателя интереса в сохранении застрахованного имущества, недействителен (ст. 809 ГК).

Это положение вытекает из одного из основных принципов страхового дела, в соответствии с которым утрата застрахованного имущества должна являться нежелательной для страхователя. Скажем, если страхователь собирается снести свой дом, чтобы построить новый, то ему гораздо выгодней застраховать его и сжечь, получив при этом страховку, чем нанимать рабочих для разборки.

При страховании предпринимательского риска страхуется риск убытков от предпринимательской деятельности из-за нарушения своих обязательств контрагентами предпринимателя, выступающего страхователем, или изменения условий этой деятельности по независящим от предпринимателя обстоятельствам, в том числе риск неполучения ожидаемых доходов (ст. 810 ГК).

При страховании гражданско-правовой ответственности за причинение вреда страхуется риск убытков, которые могут возникнуть у страхователя (застрахованного) вследствие привлечение его к гражданско-правовой ответственности за причинение вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц. При данном страховании может быть застрахована ответственность как самого страхователя, так и иного лица, на которого такая ответственность может быть возложена.

Договор страхования гражданско-правовой ответственности за причинение вреда считается заключенным в пользу лица, которым может быть причинен вред, выступающих в данном случае выгодоприобретателем (ст. 811 ГК).

Разновидность данного страхования в виде страхования гражданско-правовой ответственности владельцев автотранспортных средств является обязательным видом страхования.

Существует мнение, что объектом страхования гражданско-правовой ответственности выступает интерес потерпевшего, признаваемым застрахованным, целью данного страхования является возмещение вреда, причиненного страхователем потерпевшему, а страховым случаем - факт причинения вреда. Между тем, объектом страхования здесь выступает интерес самого страхователя, являющегося застрахованным, целью страхования - возмещение (или предупреждение) его убытков, вызванных привлечением его к ответственности, страховым случаем - фактом привлечения

страхователя к гражданско-правовой ответственности.

В то же время данное страхование учитывает интересы и потерпевших, так как повышает гарантию возмещения причиненного им вреда за счет укрепления платежеспособности причинителя вреда (страхователя), привлекающего для этих целей страховщика.

При **страховании гражданско-правовой ответственности по договору** страхуется риск убытков страхователя вследствие привлечения его к гражданско-правовой ответственности за нарушение (ненадлежащее исполнение) договора. При данном страховании может быть застрахован только риск ответственности самого страхователя который, следовательно, должен выступить в качестве застрахованного. Договор страхования, не соответствующий этому требованию считается недействительным.

При страховании риска гражданско-правовой ответственности за нарушение договора застрахованным считается лицо, являющееся стороной в договоре, перед которой в соответствии с его условиями страхователь должен нести гражданско-правовую ответственность.

(ст. 812 ГК).⁴³⁷ В данном случае в качестве выгодоприобретателя

Объектом при данном страховании также выступает интерес страхователя, связанный с привлечением его к ответственности за нарушение (некачественное исполнение) договора.

Такого рода страхование может быть условием основного договора, за нарушение которого и страхуется ответственность неисправного должника. В частности, такая конструкция довольно часто применяется при заключении договора банковской ссуды (банковского кредитования), когда заемщик обязан застраховать риск невозврата кредита в пользу банка, что выступает средством обеспечения исполнения самого договора банковской ссуды.

Во всех перечисленных видах страхования ГК употребляет термин **риск**. Надо сказать, что это понятие употребляется в страховой практике в самом разнообразном значении. Но по общему правилу **риск в страховании - это возможность неблагоприятного воздействия события, предусмотренного в качестве страхового случая, на объект страхования.**

В этом смысле риск в страховании выражает ту возможную опасность, которая может затронуть интересы страхователя (застрахованного), ухудшив его материальное положение.⁴³⁷

По степени обязательности страхование подразделяется на добровольное и обязательное.

Добровольное страхование - это страхование, осуществляемое в добровольном страховании по воле сторон. Виды и условия добровольного страхования определяются соглашением сторон.

Обязательное страхование - это страхование, осуществляемое в силу требований законодательных актов.

Виды, порядок и условия обязательного страхования устанавливаются законодательными актами.

Гражданский кодекс устанавливает, что обязанность страховать свою жизнь или здоровье не может быть возложена на гражданина ни законодательным актом, ни договором. Обязательное страхование осуществляется за счет страхователя (п. 3 ст. 806 ГК).

Данное положение вытекает из презумпции личной свободы гражданина, провозглашенной Конституцией Республики Казахстан. Следует также иметь в виду, что страхователи, обязанные страховать жизнь и здоровье третьих лиц, нередко пытаются переложить бремя несения расходов по страхованию на самих застрахованных. Так, при введении обязанности работодателя страховать своих работников от несчастных случаев на производстве, работодатели норовят удержать суммы страховых взносов из заработной платы самих застрахованных; при страховании пассажиров, где в качестве страхователя (а соответственно, и плательщика страховой премии) должен выступать перевозчик, плата за страхование взимается с пассажира при продаже билета (а то и включается в стоимость этого билета). Тем самым гражданин фактически оплачивает свое собственное страхование.

Гражданский кодекс предусматривает систему мер, позволяющих обеспечить реализацию требования об обязательности страхования.

Так, предусмотрено, что лицо, в пользу которого в соответствии с законодательными актами должно быть осуществлено обязательное страхование, вправе, если ему стало известно, что оно не застраховано, потребовать в судебном порядке страхования от лица, на которое возложена данная обязанность.

Если лицо, на которое возложена обязанность страхования, не осуществило его или заключило договор страхования на условиях, ухудшающих положение застрахованного по сравнению с тем, которое предусмотрено законодательными актами, это лицо при наступлении страхового случая несет ответственность перед застрахованным на тех же условиях, на каких должна была бы быть осуществлена страховая выплата при надлежащем страховании.

Лицо, на которое законодательными актами возложена обязанность выступить в качестве страхователя, вправе требовать в судебном порядке понуждения страховщика, имеющего лицензию на данный вид страхования, но уклоняющегося от него, к заключению договора страхования на условиях, предусмотренных законодательными актами.

Уклонение от страхования лица, обязанного его осуществить в качестве страхователя, а также страховой организации, обязанной выступить в качестве страховщика, влечет ответственность, предусмотренную законодательными актами (ст. 808 ГК). В частности, страховая организация может быть лишена лицензии на право осуществления страховой деятельности.

Страхование включает в себя определенные элементы.

Элементами страхования являются: 1) предмет страхования; 2) объект страхования; 3) страховой случай; 4) страховой риск; 5) страховая сумма; 6) страховая стоимость; 7) страховая премия; 8) страховая выплата.

В самом общем виде категория "предмет страхования" обозначает "то, что застраховано", а "объект страхования" - "то, на что направлено страхование".

Предмет страхования зависит от вида страхования. При страховании имущества в качестве предмета страхования обычно выступают здания, сооружения, транспортные средства, домашнее имущество и другие материальные ценности, а также то или иное имущественное право, если оно представляет собой

самостоятельную ценность; при страховании ответственности - сама ответственность в том или ином виде; при страховании предпринимательского риска - нормальные условия осуществления предпринимательской деятельности. При личном страховании предметом страхования выступают жизнь, здоровье, трудоспособность и иные свойства и качества человека как биологического существа. При обеспечительном страховании (так называемом "накопительном") его предметом является уровень благосостояния застрахованного лица.

В процессе осуществления страхования его предмет выполняет несколько основных функций. Во-первых, обладание той или иной вещью (имуществом) формирует у страхователя связанные с этой вещью определенные условия существования. Так, наличие, например, у страхователя жилого дома обеспечивает ему определенные условия проживания. Во-вторых, этот предмет возбуждает у страхователя интерес к страхованию. Так, обладание домом заставляет его собственника задуматься о ситуации, а что будет, если этот дом сгорит. В результате тревога за судьбу дома, выражая тревогу о самом себе, толкает собственника на страхование строения. В-третьих, предмет страхования является средством материализации интереса в качестве объекта страхования. Так, страхование дома превращает желание его собственника обезопасить себя на случай утраты строения в обязанность страховщика произвести страховую выплату в ситуации, когда в результате страхового случая действительно произойдет и дом пострадает. В итоге страхователь получает страховую защиту: теперь он знает, случись с его домом что-нибудь (например, пожар), он получит от страховщика определенную сумму денег, которая поможет ему разрешить возникшие проблемы. В-четвертых, на основе предмета страхования формируется вся страховая конструкция: определяется страховая сумма (а при имущественном страховании - и страховая стоимость), происходит расчет размеров страховых премий, применительно к нему выделяется страховой случай. Ущерб, причиненный предмету страхования, выступает основой для исчисления размера страховых выплат и является юридическим фактом, порождающим обязанность страховщика по производству этих выплат.

Каково же содержание понятия "интерес страхователя в качестве **объекта страхования**"?

Отвечая на этот вопрос, отметим, что существует точка зрения, согласно которой объект страхования это есть застрахованный предмет. На самом же деле объектом страхования выступает такая категория, как "имущественный интерес". Еще в 1883 году при вынесении решения по одному из дел английский судья, отвечая на вопрос: "Что застраховано по огневому полису?", определил: "Не кирпичи, не строительные материалы - но интерес страхователя в предмете страхования".

Следует сказать, что само по себе страхование не в состоянии предотвратить страховой случай. При страховании имущества оно не ставит перед собой цель обеспечения его сохранности или спасения. Страховщик не сторож, который охраняет вещь от кражи, не пожарник, который тушит пожар, тем самым спасая имущество. Само по себе никакое страхование не восстановит самой вещи, и обязанность страховщика, кстати, не заключается в

предоставлении страхователю новой вещи взамен утраченной. Другое дело, что страхователь, получив страховую выплату, может поправить свое имущественное положение (например, купить себе новую вещь взамен утраченной).

Примерно то же самое можно сказать и по поводу личного страхования. Страховщик не телохранитель, оберегающий человека от повреждений, и не врач скорой помощи, возвращающий пострадавшего к жизни. Единственно, что может сделать страховщик, так это дать деньги, которые смогут как-то смягчить (по крайней мере в материальном плане) застрахованному лицу или его близким тот вред, который был причинен жизни или здоровью этого лица, а при безрисковом страховании - обеспечить его дополнительным источником существования.

Таким образом, страхование направлено не на вещь, а на пользу, выгоду ("интерес"), получаемую от обладания этой вещью, выражая, во-первых, опасение страхователя в ухудшении своего материального положения, во-вторых, его стремление сохранить это положение на том уровне, которое существовало до страхового случая. То есть страхование - это прежде всего проявление заботы о самом себе, о своем благополучии, о своем существовании, о своей судьбе. Страхуя свою вещь, человек страхует самого себя, свои условия существования. Заметим, что одна и та же вещь может выражать различные объекты страхования. Так, у собственника дома объект страхования будет выражать интерес в сохранении своего имущества, у арендатора - сохранение условий своего проживания, у залогодержателя - обеспечение своего права требования и т. д.

Личное страхование также призвано обеспечить защиту определенных условий существования страхователя. Естественно, что страхование здесь не может иметь цели возмещения убытков, причиненных страхователю (застрахованному лицу) в результате страхового случая, поскольку никто не может дать стоимостной оценки таким категориям, как жизнь, здоровье, трудоспособность, профессиональные качества, возраст и т. п. Также как никто не может оценить, во что обошлось их ухудшение или утрата в результате страхового случая. Поэтому защита условий существования страхователя выражается в возможности получения определенной суммы денег в виде страховой выплаты.

Таким образом, **объектом страхования выступает имущественный интерес застрахованного.**

В свою очередь **имущественный интерес** (как объект страхования) - это определяемые предметом страхования и выраженные страховой суммой условия существования застрахованного, защита которых обеспечивается обязательством страховщика произвести страховую выплату при наступлении страхового случая.

Проиллюстрируем сказанное на примере страхования дома, принадлежащего гражданину.

Наличие у гражданина дома является элементом условий его существования; боязнь лишиться этого дома в результате страхового случая, что отрицательно скажется на жилищных условиях, вызывает у гражданина интерес к страхованию; страхование гарантирует ему страховую защиту в виде получения страховой выплаты, за счет которой он сможет восстановить себе жилищные условия, существовавшие до страхового случая; тем самым формируется имущественный интерес в виде тех жилищных условий, которые обеспечиваются

наличием дома; через страхование дома данный имущественный интерес становится объектом страхования (при этом сам дом выступает предметом страхования).

В итоге, застраховав дом на определенную сумму (страховую сумму), гражданин становится обладателем страховой защиты, которая гарантирует ему, во-первых, душевное спокойствие, чувство защищенности и уверенности в своем бытии (психологическая составляющая страховой защиты); во-вторых, получение денежных средств, за счет которых он сможет ликвидировать последствия страхового случая и восстановить условия своего существования (в данном случае, жилищные условия) до того уровня, которые существовали до этого события (материальная составляющая страховой защиты).

Объект страхования - сложная категория, имеющая много граней своего проявления.

В своем субъективном (психическом) проявлении объект страхования - это организованная посредством страхования забота страхователя о своем материальном положении (об условиях своего существования).

В своем материальном проявлении объект страхования - это имущественный интерес страхователя, отображающий условия его существования, определяемые предметом страхования и выраженные страховой суммой.

В своем экономическом проявлении объект страхования - это отношение между страхователем и страховщиком по поводу защиты условий существования страхователя, определяемых предметом страхования и выраженных страховой суммой.

Стоимостным выражением объекта страхования выступает страховая сумма, то есть та сумма, на которую застрахован объект страхования.

В своем правовом проявлении объект страхования - это определяемые предметом страхования и страховой суммой условия существования страхователя, в отношении которых страховщик несет обязанность обеспечить страховую защиту при наступлении страхового случая.

ГК устанавливает, что объектом страхования может быть любой интерес юридического лица или гражданина, кроме противоправного (ст. 807).

Запрет на страхование противоправных интересов касается любых видов страхования (личного и имущественного, обязательного и добровольного).

В самом широком значении этого слова противоправный интерес - это интерес, который противоречит праву или нарушает его. Поэтому страхование противоправного интереса означает либо страхование предмета, не имеющего должного правового титула, либо страхование последствий противоправных деяний.

Примером первого рода может выступать страхование похищенного имущества, примером второго - страхование имущества на случай его конфискации, и вообще - страхование от последствий привлечения к уголовной или административной ответственности.

Нельзя страховать предпринимательские риски, связанные со сделками, не соответствующими закону или иным правовым актам (например, контрабандные и незаконные валютные операции).

Ряд запретов по мотиву противоправности страхуемого интереса содержит сам ГК. Так, в

соответствии со ст. 809 ГК запрещается страхование имущества при отсутствии интереса у страхователя или выгодоприобретателя в сохранении застрахованного имущества. Статья 810 ГК запрещает страхование предпринимательского риска лица иного, кроме страхователя. Такой же запрет устанавливает ст. 811 ГК при риске ответственности за нарушение договора. Запрещается страхование имущества сверх его страховой стоимости (ст. 819 ГК).

Статья 807 ГК устанавливает, что договоры страхования, объектом которых выступают противоправные интересы, недействительны.

Размер страховой защиты выражается размером страховой суммы.

Страховая сумма - это сумма денег, на которую застрахован объект страхования и которая представляет собой предел обязательств страховщика при наступлении страхового случая.

Особенностью страхования как способа защиты имущественных интересов страхователя выступает то обстоятельство, что страховая выплата производится, как правило, в пределах страховой суммы. Следовательно, страховая сумма выражает собой, с одной стороны, стоимостный размер страховой защиты, которую обеспечивает страховщик страхователю, с другой, показывает, в каком размере страхователь оценивает свой интерес как объект страхования, определяя одновременно предельный размер тех условий своего существования, которые защищаются посредством страхования.

Страховая сумма является одним из ключевых элементов страхового отношения и поэтому неслучайно, что условие о её размере определено в качестве существенного условия договора страхования (ст. 826 ГК).

При добровольном страховании размеры страховой суммы определяются договором (то есть соглашением сторон), при обязательном - законодательными актами. В этом случае страховая сумма определяется в виде своего минимального размера (п. 2 ст. 819 ГК).

Тот факт, что при обязательном страховании размер страховой суммы определяется законом в виде минимального размера, означает, что стороны при заключении договора вправе превысить размер страховой суммы, предусмотренный законом.

По добровольным видам страхования размеры страховых сумм определяются сторонами самостоятельно, но и здесь страховое законодательство устанавливает некоторые ограничения. Речь идет о страховании имущества⁴⁴² или предпринимательского риска, где установлено, что страховая сумма не может превышать его действительной стоимости (страховой стоимости) (п. 2 ст. 819 ГК).

Следует иметь в виду, что в некоторых странах (в частности, в России) термин "страховая сумма" имеет еще одно значение - в личном страховании им называется денежная сумма, которая выплачивается страхователю (застрахованному) при наступлении страхового случая. В Казахстане все выплаты, производимые страховщиком, именуется "страховая выплата".

Страховая стоимость - это денежная оценка предмета страхования, применяемая при страховании имущества или предпринимательского риска.

Страховой стоимостью считается:

а) при страховании имущества - его действительная стоимость в момент заключения договора страхования;

б) при страховании предпринимательского риска - убытки от предпринимательской деятельности, которые страхователь, как можно ожидать, понес бы при наступлении страхового случая (п. 3 ст. 819 ГК).

Правило о том, что страховая сумма не должна превышать страховой стоимости, продиктовано общим принципом имущественного страхования - оно не должно приводить к обогащению. Если бы стороны могли устанавливать страховую сумму в размере большем, чем стоимость самого застрахованного имущества, то это могло бы привести к тому, что полученное страхователем страховое возмещение превышало бы стоимость утраченного имущества, то есть приводило бы к необоснованному обогащению за счет манипуляций со страхованием и искажало бы его основную функцию - служить средством компенсации реального ущерба. Кроме того, трудно предполагать, что страхователь, застраховавший свое имущество на сумму, превышающую его стоимость, обеспечит его надлежащую охрану, а то и просто не поддастся искушению организовать страховой случай. Например, страхование от пожара дома стоимостью 5 млн. тенге на сумму 25 млн. наверняка обернется тем, что дом сгорит.

Если страховая сумма, определенная договором страхования, превышает страховую стоимость, он является недействительным в той части страховой суммы, которая превышает страховую стоимость в момент заключения договора. Например, если дом, который реально стоит 5 млн. тенге, застрахован на сумму 6 млн., то договор страхования в части 1 млн. является недействительным в силу требований закона.

В договорах личного страхования и договорах страхования гражданско-правовой ответственности страховая сумма определяется соглашением сторон.

Предоставляя сторонам свободу в установлении размера страховой суммы по личному страхованию, закон исходит из посылки, что такие категории, как жизнь и здоровье, не могут иметь стоимостной оценки.

Что же касается страхования риска гражданско-правовой ответственности, то определить в момент заключения договора размер страховой суммы невозможно, поскольку невозможно предугадать размер той ответственности, к которой будет привлечен страхователь. Поэтому сама страховая сумма может быть предусмотрена в договоре страхования не в виде конкретной цифры, а обозначена некоторой условной величиной, определяемой размером той ответственности, к которой может быть привлечен страхователь. Иначе говоря, размер страховой суммы будет определяться размером фактически понесенных страхователем убытков, которые можно будет конкретно рассчитать лишь после того, как произойдет страховой случай.

Размер страховой суммы может определяться следующим образом:

а) в фиксированном размере. Например, определенное имущество страхуется на сумму 100 тысяч тенге;

б) в процентах от страховой стоимости, что может иметь место при страховании имущества и страховании предпринимательского риска. Например, договор предусматривает, что имущество является застрахованным в размере 70 % от его страховой стоимости;

в) с градацией в зависимости от вида страхового случая и его последствий (причиненного им вреда, нанесенного ущерба). Например, договором страхования от несчастных случаев предусматривается, что страховая сумма на случай смерти застрахованного составит 100 тысяч тенге, на случай утраты трудоспособности в виде инвалидности I группы - 70 тысяч тенге, в виде инвалидности II группы - 50 тысяч тенге, в виде инвалидности III группы - 30 тысяч тенге;

г) "по факту", то есть в размере фактически причиненного убытка. Такой способ применяется в тех случаях, когда определить размер убытка, который может возникнуть вследствие страхового случая, в момент заключения договора страхования невозможно, так как нельзя предугадать, каковы будут последствия страхового случая. Обычно такой способ установления размера страховой суммы применяется при страховании ответственности страхователя перед третьими лицами (при страховании риска гражданско-правовой ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, при страховании риска ответственности за нарушение договора и т. п.);

д) "по факту", но с установлением так называемого "лимита ответственности" страховщика, то есть предельной суммы, в рамках которой страховщик будет производить страховую выплату.

Отношение страховой суммы к страховой стоимости на практике принято именовать уровнем страхового обеспечения застрахованного объекта. Данный уровень показывает, в какой мере объект страхования обеспечен страховой защитой.

Например, имущество, стоимостью 1 млн. тенге (страховая стоимость), застраховано на сумму 700 тысяч тенге (страховая сумма). Страховое обеспечение составит 70 процентов.

Еще одной существенной категорией страхового дела является "страховой случай".

Страховой случай является сердцевиной страхования - вся страховая конструкция основана на его наступлении.

В соответствии с ГК страховой случай - это событие, с наступлением которого договор страхования предусматривает осуществление страховой выплаты.

С категорией "страховой случай" тесно связана такая категория, как "страховой риск".

Страховой риск - это вероятность наступления страхового случая и размера возможных убытков от его наступления (ст. 832 ГК).

Говоря о таких категориях, как страховой случай и страховой риск, следует иметь в виду, что страхование в процессе своего исторического развития видоизменялось, расширялось и приобретало новые виды. Первоначально страхование зарождалось как конструкция, призванная возмещать вред (ущерб, убыток), причиненный страховым случаем. В силу этого страховой случай всегда выступал в качестве вредоносного события. Однако затем появились такие виды страхования, которые предусматривали возможность осуществления страховой выплаты при наступлении события, не связанного с причинением вреда. Такое страхование стали именовать как "страхование жизни". При этом, когда говорят "жизнь", речь идет не о смерти как страховом случае, а о достижении посредством страхования определенных жизненных условий. Примером может служить так называемое "страхование на дожитие", смысл которого заключается в том, что в обмен на страховые платежи, которые страхователь выплачивает страховщику, как правило, в течение длительного времени, страховщик по достижении страхователем определенного возраста (например, 60 лет) начинает выплачивать ему страховую выплату единовременно или частями. Для такого страхования характерно, что страховой случай лишен признаков случайности наступления и вредоносности. Иначе говоря, страховой риск, как вероятность наступления страхового случая и причинения им вреда, для такого страхования вообще не свойственен - страховой случай должен наступить обязательно и никакого вреда он никому не причинит.

Следствием этого стало деление страхования на рисковое и безрисковое.

При рисковом страховании страховая выплата производится только при наступлении страхового случая и причинении им вреда. Если страховой случай не произошел, страховая выплата не производится. При безрисковом страховании страховая выплата производится всегда, поскольку оно конструируется таким образом, что предусмотренное в нем в качестве страхового случая событие должно произойти наверняка.

Рисковый характер страхования определяется, во-первых, вероятностью и случайностью наступления события, предусмотренного в качестве страхового случая, во-вторых, "вредоносностью" этого случая. В рисковом виде страхования применяется категория "страховой риск", означающая вероятность наступления страхового случая и возможность убытков от его наступления.

Рисковый характер страхования в большинстве случаев прямо предписан законодательством. Так, к рисковому страхованию относится все имущественное страхование, в соответствии с которым страховщик обязан возместить причиненные вследствие страхового случая убытки в застрахованном

имуществе либо убытки в связи с иными интересами страхователя. Более того, устанавливая виды этого страхования в зависимости от характера имущественного интереса, Гражданский кодекс каждый вид этого интереса определяет через термин "риск" (ст. ст. 809 - 812 ГК).

К рисковому страхованию относится и то личное страхование, которое осуществляется на случай причинения вреда жизни или здоровью страхователя или другого названного в договоре гражданина.

Событие (страховой случай), по поводу наступления которого осуществляется рисковое страхование, должен отвечать следующим признакам:

а) **вероятность** наступления. Это означает, что данное событие может произойти в любой момент, но "здесь и со мной" оно может не произойти вовсе. Одновременно, вероятность показывает степень возможности наступления события: ясно, например, что дом, расположенный в пойме реки, имеет больше вероятности быть затопленным, чем дом, расположенный на высоком месте;

б) **случайность** наступления. Это означает, что данное событие, будучи объективно возможным, происходит вне познанной закономерности и лишено свойства очевидности. Одновременно это событие должно носить характер происшествия, то есть явления, нарушающего обычный и нормальный ход вещей;

в) **реальность** наступления события. Это означает, что событие, рассматриваемое в качестве страхового случая, носит выражает собой явление объективной действительности;

г) **непредсказуемость** наступления события, то есть стороны страхового отношения хотя и предполагают, что данное событие **может** произойти (поэтому-то оно и определяется ими в качестве страхового случая), но достоверно предсказать его наступление (включая **время и место**) не в состоянии;

д) **независимость** наступления события. Это означает, что данное событие происходит вне воли участников страхового правоотношения, то есть данное событие не является актом их волеизъявления и **не** выступает результатом их действий;

е) **нежелательность** наступления страхового случая. Нежелательность наступления страхового случая для страховщика очевидна - при его наступлении страховщику придется произвести страховую выплату, что для него невыгодно, так как уменьшает его доходы. Однако наступление страхового случая должно быть нежелательным и для страхователя, несмотря даже на то, что при его наступлении он получит страховую выплату;

ж) **неизвестность** сторонам, наступит страховой случай или нет. Страхование, как правило, осуществляется на будущее время и по поводу такого события, в отношении которого сторонам неизвестно, наступит оно или нет. Следует также иметь в виду, что конструкции некоторых договоров страхования допускают возможность, когда начало срока действия страховой защиты предшествует моменту заключения договора страхования. То есть договору придается некая "обратная сила". Однако это может быть лишь тогда, когда ни страхователю, ни страховщику на момент заключения договора неизвестно, произошел страховой случай или нет, и договор заключается при полном их неведении по поводу данного обстоятельства;

з) **вредоносность** страхового случая. Вредоносность страхового случая при имущественном страховании может выразиться в виде убытка, ущерба, упущенной выгоды (неполученного дохода), необходимости производства выплаты (при страховании, например, гражданской ответственности), при личном страховании - в виде смерти (гибели) застрахованного лица, ухудшении здоровья, заболевания, инвалидности, снижении трудоспособности и т. п.;

и) воздействие страхового случая на правомерные интересы страхователя, которые выступают объектом страхования.

При безрисковом страховании событие, названное в качестве страхового случая, призвано выполнить лишь одну функцию - обозначить тот момент, когда возникнет обязательство страховщика по выплате страховой суммы. В силу этого страховой случай не только не должен обладать признаками вероятности, случайности и непредсказуемости своего наступления, а напротив - должен ясно и четко обозначить данный момент. Страховой случай не должен обладать и признаком вредоносности, поскольку цель данного страхования не заключается в возмещении вреда. Таким образом при данном страховании категория "страхового риска" (в смысле вероятности наступления страхового случая и возможности причинения вреда) не применяется вовсе, в силу чего оно является "безрисковым". Универсальным для такого страхования событием, рассматриваемым в качестве страхового случая, является определенная календарная дата. Например, достижение застрахованным предусмотренного договором возраста (страхование "на дожитие"), страхование детей на случай достижения ими совершеннолетия и т. п., либо иная дата, оговоренная договором страхования.

С категориями "рисковое" и "безрисковое" страхование прямо связано предусмотренное ГК деление видов страхования "по основаниям осуществления страховой выплаты" на накопительное и ненакопительное, которое появилось в результате поправок, внесенных в ГК 18 декабря 2000 г.

Как определяет ГК, **накопительным страхованием** является страхование, предусматривающее осуществление страховой выплаты по любому из следующих оснований: по истечении установленного договором страхования периода либо при наступлении страхового случая, в зависимости от того, какое из них наступит первым.

Ненакопительным страхованием является страхование, предусматривающее осуществление страховой выплаты только при наступлении страхового случая.

В качестве разновидности накопительного страхования ГК выделяет **договор аннуитета**, под которым понимается договор страхования, согласно которому страховщик обязан осуществлять страховую выплату в виде периодических платежей в пользу выгодоприобретателя в течение установленного договором срока (ст. 809 - 1 ГК).

По данному поводу следует отметить следующее.

Во-первых, термин "накопительное страхование" (а равно, "возвратное", "сберегательное") действительно довольно часто употребляется в литературе. Однако понятие "ненакопительное" - это исключительное достижение, причем, весьма сомнительного свойства, казахстанского законодательства.

Дело в том, во-вторых, что страхование по своей экономической природе не может быть ни "накопительным", ни "ненакопительным".

Действительно, конструкции некоторых видов безрискового страхования внешне напоминают процесс накопления страхователем денежных средств. Классическим в этом смысле является страхование на дожитие - страхователь в течение длительного периода передает страховщику в виде страховых взносов определенные денежные суммы, а при достижении предусмотренного договором возраста страховщик возвращает эти деньги разом или по частям. Иначе говоря, создается впечатление, что в период действия договора страхования происходит как бы постепенное накопление страховых взносов, которые затем возвращаются страхователю в виде страховой выплаты.

Несмотря на распространенность такой трактовки указанного вида страхования, это мнение является ошибочным. Страховая организация это не сберегательная касса, осуществляющая хранение и сбережение денежных средств вкладчика, страховые взносы это не зачисления во вклад страхователя, а страховая выплата не есть возврат данного вклада. Все это имеет иную экономическую и правовую природу. Страховые отношения с экономической точки зрения не являются кредитными отношениями, которые лежат в основе любого сберегательного дела и опосредуют возвратное движение стоимости. Страховые отношения представляют собой разновидность товарно-денежных отношений и опосредуют встречное движение стоимости. Страховая организация осуществляет страхование, то есть обеспечивает страховую защиту застрахованного. Страховая премия - это плата страховщику за осуществление страховой защиты. Деньги, полученные страховщиком от страхователя в форме страховой премии, не являются деньгами, полученными этим страховщиком в долг или на хранение. Эти деньги страховщик заработал, реализовав страхователю товар в виде страховой защиты. Они переходят в собственность страховщика и он ими распоряжается по своему усмотрению. Его обязательство заключается не в возврате полученных в виде страховой премии денег, а в осуществлении страховой выплаты при наступлении страхового случая за счет своих средств. Страховая выплата не есть возврат платы за страхование, а выступает формой товара, именуемого "страховая защита".⁴⁴⁸

В-третьих, из приведенного выше определения "накопительного страхования" вытекает, что оно может осуществляться и при отсутствии страхового случая.

Однако, если можно говорить о страховании при отсутствии страхового риска, то страхование при отсутствии страхового случая - вещь все-таки недопустимая. Другое дело, что разработчики поправки, внесенной в Гражданский кодекс, в соответствии с которой появилось "накопительное" и "ненакопительное" страхование, под страховым случаем, очевидно, понимают некое событие, характеризующееся непредсказуемостью, внезапностью и обязательно вредоносными последствиями. Такой взгляд на характер страхового случая был пересмотрен наукой еще в XIX веке. В настоящее время под страховым случаем понимается, как было сказано выше, событие, с наступлением которого договор страхования связывает возникновение у страховщика

обязанности по осуществлению страховой выплаты. Иначе говоря, событие в виде "истечения установленного договором страхования периода", которое ГК называет в качестве противопоставления страховому случаю, на самом деле есть разновидность страхового случая.

Страховые отношения носят **возмездный** характер. Страховщик оказывает страхователю услуги в виде предоставления ему страховой защиты за плату, именуемую довольно своеобразным термином "страховая премия".

Гражданский кодекс устанавливает, что под **страховой премией** понимается сумма денег, которую страхователь обязан уплатить страховщику за принятие последним обязательства произвести страховую выплату страхователю (выгодоприобретателю) в порядке, определенном договором страхования или аннуитета (п. 1 ст. 818).

Вряд ли это определение страховой премии является удачным. Во-первых, страхователь платит не за обязательство произвести страховую выплату. Страхователь платит страховщику за страховую защиту, которая не сводится к страховой выплате, а включает в себя и другие платежи, в частности, возмещение расходов страхователя, произведенных им для уменьшения убытков при страховом случае. Кроме того, страховая защита включает в себя и психологическую составляющую, которая также оплачивается страхователем. Во-вторых, договор аннуитета согласно тому же дополнению в ГК (ст. 809-1) является разновидностью договора страхования¹.

Понятие "аннуитет" (*нем.* Annuitat) происходит от позднелатинского annuitas - ежегодный платеж. В некоторых странах этим понятием в XVII - XIX веках обозначался вид государственного долгосрочного займа, по которому кредитор ежегодно получал доход в погашение полученного от него займа, включая проценты. Во Франции этим термином стали пользоваться применительно к страхованию с условием осуществления страховой выплаты один раз в год. В отечественной практике используется термин "рента", чему и посвящена глава 28 Гражданского кодекса. Введение термина "аннуитет" является примером неудачного "словотворчества", запутывающего понятийный аппарат Гражданского кодекса. Кроме того, применительно к страхованию было бы правильнее говорить "договор страхования аннуитета", поскольку сам аннуитет (рента) и его страхование - достаточно различные вещи 502

Вызывает также возражение сам термин "страховая премия". Введение его в оборот связано, очевидно, с желанием вписаться в международную страховую терминологию. Однако, вряд ли это является дачным решением, поскольку слово "премия" в нашей юридической лексике означает "вознаграждение за что-либо". При страховании страхователь не вознаграждает страховщика, а платит ему за товар в виде страховой защиты. В связи с этим отметим, что ранее употребляемый ГК термин "страховой платеж" являлся более точным, поскольку выражал возмездность страховых отношений, свойственную им как разновидности экономических отношений, выступая как плата страхователя страховщику за оказанные им страховые услуги. Замена этого термина на понятие "страховая премия" является примером некритического заимствования зарубежной терминологии, не вписывающейся в отечественную юридическую лексику.

Размеры страховых премий устанавливаются договором. При обязательных видах страхования они не могут быть более тех размеров, которые установлены законодательными актами.

Порядок и сроки уплаты страховых премий определяются договором. По обязательным видам страхования они могут определяться законодательством. В последнем случае предписания законодательства являются обязательными для сторон.

Стороны при определении размера страховой премии, подлежащей уплате по договору страхования, могут применять разработанные страховщиком страховые тарифы, определяющие ставку премии, взимаемые с единицы страховой суммы, с учетом объекта страхования и характера страхового риска.

Следовательно, страховой тариф является типовой моделью, на основе которой производится расчет страховой премии. Практика определения страховой премии на основе разработанных страховщиком страховых тарифов применяется по массовым видам страхования, где в качестве формы договора страхования применяется договор присоединения. Страхователь, присоединяясь к унифицированным правилам страхования, разработанным страховщиком, одновременно выражает согласие руководствоваться страховыми тарифами, заложенными страховщиком в данных правилах.

Ставки страхового тарифа обычно устанавливаются в процентах от страховой суммы или в определенном денежном масштабе с расчетной единицы страховой суммы (например, 1 тенге за каждые 100 тенге страховой суммы), но могут выражаться и в абсолютных денежных величинах.

Страховые премии могут уплачиваться единовременным платежом, но могут вноситься и в рассрочку. Тогда согласно ГК их называют

503

страховыми взносами. Точнее говоря, страховой взнос - это определенная часть страховой премии, уплачиваемой повременно

Если договором страхования предусмотрено внесение страховой премии в рассрочку, договором могут быть определены последствия неуплаты в установленные сроки очередных страховых взносов включая досрочное расторжение договора (ст. 818

ГК). Несколько иные последствия установлены в части просрочки уплаты страховой премии по договору накопительного страхования, где страхователю предоставляется отсрочка уплаты этой премии (ст. 826-1).

Уплата страховой премии производится только в денежной форме (наличными денежными средствами или путем безналичных перечислений). Страховое законодательство Республики Казахстан не предусматривает возможности уплаты страховых премий в натуральной

Страховая премия выступает платой за страхование (платой за страховую защиту) и выражает собой цену страховых услуг оказываемых страховщиком страхователю.

Обязанность уплаты страхового платежа является, как правило обязанностью страхователя, однако в некоторых случаях она может переложена на застрахованное лицо или выгодоприобретателя

В заключение отметим, что полученные страховщиком страховые премии являются его собственностью (для государственной страховой организации они принадлежат ему на праве хозяйственного ведения)¹ На сказанное следует обратить внимание, поскольку бытует ошибочное мнение, согласно которому страховые премии по накопительным, а также по накопительным договорам страхования принадлежат страхователю, а у страховщика они находятся в режиме заемных средств. Производство страховой выплаты обусловлено не тем, что страховщик обязан вернуть страхователю взятые у него в долг деньги, а тем, что между ними существует обязательственное правоотношение, согласно которому страховщик должен при наступлении страхового случая осуществить страховую защиту страхователя. Таким образом с точки зрения права собственности уплата страховой премии выражает переход денег из собственности страхователя в собственность страховщика, а осуществление страховой выплаты - переход денег из собственности страховщика в собственность страхователя.

Если плата за страхование знаменует собой основную обязанность страхователя, то страховая выплата является основной обязанностью страховщика. Страховая премия выступает формой платы за страховую защиту, страховая выплата выражает эту защиту.

Страховая выплата - это сумма денег, которую страховщик обязан выплатить страхователю (выгодоприобретателю) в пределах страховой суммы при наступлении страхового случая.

Производство страховой выплаты составляет сущность обязательства страховщика, вытекающего из договора страхования. В этом обязательстве страховщик выступает в качестве должника, а страхователь - кредитора. Страховая выплата должна быть произведена в надлежащие сроки, в месте, размере и порядке, предусмотренные договором страхования, а в соответствующих случаях - законодательным актом. Односторонний отказ от страховой выплаты не допускается, за исключением случаев, предусмотренных законодательным актом.

Размер страховой выплаты всегда увязан со страховой суммой, так как эта сумма выражает верхний предел страховой выплаты. Например, дом стоимостью в 5 млн. тенге (страховая стоимость) был застрахован на сумму 3 млн. тенге (страховая сумма). В результате страхового случая дом оказался полностью уничтоженным. Страховщик обязан выплатить страховщику 3 млн. тенге (страховая выплата).

Страховая выплата является стоимостным выражением страховой защиты.

Страховая выплата при имущественном страховании - это

производимая страховщиком выплата денег в пределах страховой суммы, имеющая целью возмещение страхователю или другому лицу, в пользу которого заключен договор страхования (выгодоприобретателю), убытков, причиненных страховым случаем.

Размер страховой выплаты при имущественном страховании зависит от четырех компонентов: 1) размера страховой стоимости; 2) размера убытков; 3) размера страховой суммы; 4) предусмотренной договором системы так называемого "страхового обеспечения", что имеет место при неполном имущественном страховании.

По общему правилу страховая выплата должна компенсировать причиненные страховым случаем убытки, но при этом размер этой выплаты не должен превышать размера страховой суммы. Например, предмет страхования был застрахован на сумму 100 тысяч тенге (страховая сумма). Однако убытки, причиненные вследствие страхового случая, составили 200 тысяч тенге. Страховая выплата не должна превышать сумму 100 тысяч тенге. Следовательно, в данном случае страховая выплата возмещает причиненный ущерб лишь частично.

Кроме того, применительно к отдельным видам имущественного страхования размер страхового возмещения не может превышать:

а) размера реального ущерба - при страховании имущества, страховании гражданско-правовой ответственности;

б) размера убытков (то есть реального ущерба и упущенной выгоды) - при страховании предпринимательского риска.

Страхование имущества считается **неполным**, когда **страховая** сумма установлена ниже страховой стоимости. Например, **имущество** стоимостью в 5 млн. тенге (страховая стоимость) застрахована на сумму 3 млн. тенге (страховая сумма).

При неполном страховании исчисление размера страховой выплаты в ее соотношении с размерами страховой суммы и суммой реального ущерба зависит

от того, какая **система страхового обеспечения** заложена в договоре страхования.

В основном применяются три системы страхового обеспечения (на практике их еще называют системами страховой ответственности).

Первая - **система пропорционального обеспечения**, заключающаяся в том, что ущерб, причиненный застрахованному имуществу, возмещается в той доле (пропорции), какую страховая сумма составляет от стоимости имущества.

Пример. Страхуется два объекта, стоимостью по 100 тысяч тенге каждый. Первый объект был застрахован на сумму 80 тысяч тенге (на 80 % от стоимости), второй - на 60 тысяч (на 60 % от стоимости). В результате страхового случая ущерб по каждому из них составил по 50 тысяч, то есть оба объекта пострадали на 50 %. Однако страховая выплата по первому объекту будет выплачена в размере 40 тысяч тенге ($50 \times 80 \%$), а по второму - в размере 30 тысяч ($50 \times 60 \%$). При полной гибели имущества страховая выплата будет произведена в полном объеме страховой суммы, то есть соответственно 80 и 60 тысяч за каждый объект.

Вторая - **система обеспечения по первому риску**, при которой все убытки в пределах страховой суммы возмещаются полностью. При данной системе страхования ущерб, причиненный страховым случаем застрахованному имуществу, подразделяется на две части. Первая - убытки, покрываемые страховой суммой, вторая - убытки, превышающие страховую сумму. Убытки первого рода компенсируются полностью путем осуществления страховой выплаты. Эти убытки в практике страхования принято именовать первыми рисками, отсюда и название данной системы.

При данной системе страховая сумма устанавливается в абсолютном размере. В этом же размере исчисляется и причиненный ущерб, и нет необходимости определять их процентное соотношение как к страховой стоимости имущества, так и к страховой сумме, что значительно упрощает расчет суммы страховой выплаты. Однако и при этой системе, во-первых, страховая сумма не должна превышать страховой стоимости имущества, во-вторых, страховое возмещение 50% не должно превышать реального ущерба, во всех случаях, в-третьих, это возмещение должно укладываться в пределы страховой суммы.

Система обеспечения по первому риску применяется обычно там, где одновременно страхуется несколько или множество предметов (страхование домашнего имущества, партии грузов), где установление страховой стоимости каждого предмета хлопотно или просто нецелесообразно.

Пример. Домашнее имущество, состоящее из нескольких вещей, **страховой** стоимостью в 200 тысяч тенге, было застраховано на сумму 100 тысяч тенге (страховая сумма). В результате пожара (**страховой случай**) имуществу причинен ущерб в размере 130 тысяч тенге. **Страховая** выплата составит 100 тысяч тенге.

Другой пример. По двум договорам застраховано два объекта страхования, стоимостью по 100 тысяч тенге каждый (страховая стоимость). Страховая сумма по первому объекту была определена в договоре в размере 80 тысяч тенге, по второму объекту - в размере 40 тысяч. В результате страхового случая каждому объекту причинен ущерб в размере 60 тысяч тенге. По первому договору страховая выплата

составит 60 тысяч тенге, то есть ущерб будет компенсирован в полном размере. По второму договору страховая выплата составит лишь 40 тысяч тенге, что не компенсирует ущерба. Причиной этому выступает запрет на осуществление страховой выплаты сверх страховой суммы.

Приведем еще один пример, иллюстрирующий действие механизма страхования при системе обеспечения по первому риску. По двум договорам застраховано два объекта каждый на сумму 100 тысяч тенге (страховая сумма), что, однако, составит 80 % от страховой стоимости первого объекта и 60 % от стоимости второго. В результате страхового случая оба объекта погибли полностью. По обоим договорам страхования будет произведена страховая выплата в одинаковом размере - по 100 тысяч тенге.

Третий вид страхового обеспечения - система предельного **обеспечения**, при которой ущерб возмещается в твердо установленных границах. Предельное обеспечение обычно применяется при обязательном страховании, где размер страховой суммы (а соответственно и размер страховой выплаты) может выразиться формулой, типа: "Возмещению подлежит не более 70 % ущерба, причиненного страховым случаем". По добровольным видам страхования предельное обеспечение применяется при страховании крупных рисков, где страховщик не в состоянии покрыть весь ущерб. Кроме того, предельное обеспечение, показывая страхователю, что весь ущерб не будет компенсирован за счет страховой выплаты, ориентирует его на бережное отношение к застрахованному имуществу и принятие должных мер по его охране.

Минимальные размеры предельного обеспечения могут регулироваться путем использования так называемой франшизы.

Франшиза - предусмотренное договором страхования освобождение страховщика от возмещения убытков, не превышающих определенный размер. В страховой практике франшизу рассматривают как **собственное удержание** страхователя. Франшиза может устанавливаться в виде определенного процента от стоимости застрахованного имущества или в определенной сумме.

Например, имущество застраховано на сумму 100 тысяч тенге (страховая сумма). Франшиза определена в размере 5 % от стоимости застрахованного имущества, что составит 5 тысяч тенге. В результате страхового случая имуществу причинен ущерб в размере 3 тысяч тенге. Страховщик освобождается от страховой выплаты.

Применение франшизы позволяет, во-первых, освободить страхование от производства расчетов по незначительным страховым эпизодам, где разбирательство обойдется сторонам дороже, чем та сумма, о которой идет речь, и, во-вторых, понуждает страхователя бережливее относиться к застрахованному имуществу.

Несколько особняком стоит возмещение страховщиком расходов страхователя, произведенных им в целях возмещения убытков от страхового случая. Возмещение этих расходов, хотя и входит в систему мер страховой защиты, но понятием "страховая выплата" не охватывается. Не охватывается им и выплаты, производимые в порядке осуществления превентивных мероприятий, так как они не связаны со страховым случаем.

Распространенным является мнение, что страховая выплата при имущественном страховании призвана возместить страхователю убытки, причиненные страховым случаем. Между тем, страховое отношение не есть отношение по возмещению вреда (убытка, ущерба). И обязанность страхователя заключается не в возмещении этого вреда. Основное назначение страховой выплаты - поддержание условий существования страхователя на определенном уровне. Разумеется, размер страховой выплаты при имущественном страховании зависит от размера убытка, причиненного страховым случаем. Но само возмещение убытков носит по отношению к страховой защите вторичный и опосредованный характер. Кстати, получателем страховой выплаты может выступать не сам страхователь, пострадавший от страхового случая, а третье лицо (выгодоприобретатель), которого этот страховой случай даже не коснулся и который не является стороной договора страхования. Показательно и то, что обязательство страховой выплаты ограничено страховой суммой, которая может и не покрывать сумму убытка.

Особенно наглядно качественно иное предназначение страхования, чем возмещение убытка, проявляется в тех случаях, когда убыток причинен не каким-либо стихийным явлением (например, наводнением или землетрясением), при котором в общем-то и претензий предъявить не к кому, а в результате действий третьих лиц. Здесь возникает два обязательства: из причинения убытка и собственно страховое обязательство. Из первого вытекает обязанность должника возместить причиненный убыток. Если бы сущностью страхового обязательства было также возмещение убытка, то оно было бы тождественным обязательству из причинения данного убытка. И речь шла бы о замене должника в обязательстве: страховщик заменяет собой лицо, чьи действия повлекли причинение убытка страхователю. Но коль скоро это не так и оба вида обязательства сохраняют свою качественную разнородность, то полагать, что сущностью страхования выступает возмещение убытка, нет оснований.

Если бы обязанность страховщика заключалась в возмещении причиненного убытка, то использование страхователем денежных средств, полученных от страховщика в виде страховой выплаты, носило бы строго целевой характер - он должен был истратить эти деньги только на цели устранения вреда, причиненного страховым случаем. Между тем эти средства страхователь может использовать, как ему заблагорассудится. Например, в случае гибели застрахованного от пожара дома, страхователь вместо восстановления этого дома может на полученные от страховщика деньги купить машину.

Таким образом, сущность имущественного страхования - это не возмещение убытков, а осуществление страховой защиты, способом, в размере и порядке, предусмотренных договором или законодательным актом. Страховая выплата, лишь опосредованно связана с возмещением убытка. При этом сама страховая выплата выступает одним из способов реализации страховой защиты.

При личном страховании страховая выплата - это выплата, производимая в обусловленном договором размере, одновременно или периодически, лицу, в пользу которого заключен договор, в целях

обеспечения условий существования этого лица на определенном уровне.

Страховая выплата при личном страховании призвана реализовать обеспечительную функцию, свойственную личному страхованию. И неслучайно, что по законодательству некоторых стран страховая выплата при личном страховании именуется "страховое обеспечение".

Назначение страховой выплаты при рисковом личном страховании заключается в оказании материальной поддержки лицам, условия существования которых ухудшились в результате причинения вреда жизни или здоровью застрахованного, а при безрисковом страховании - в обеспечении материального положения лица, в пользу которого заключен договор, на определенном уровне.

В отличие от имущественного страхования, где размер страховой суммы не может превышать страховой стоимости, а страховая выплата - размера убытков, причиненных страховым случаем, при личном страховании размер страховой суммы определяется соглашением сторон и она при наступлении страхового случая, выплачивается в полном размере (единовременно или периодически). В некоторых странах страховая выплата при личном страховании так и называется "страховая сумма".

Страховая выплата производится деньгами, однако Гражданский кодекс предусматривает, что условиями договора имущественного страхования может предусматриваться замена страховой выплаты компенсацией ущерба в натуральной форме в пределах суммы страховой выплаты (п. 6 ст. 820).

Порядок и сроки осуществления страховой выплаты определяется договором. При обязательных видах страхования порядок определения размеров страховой выплаты предусматривается законодательными актами.

При осуществлении страховой выплаты страховщик вправе произвести зачет причитающихся ему от страхователя страховых премий (страховых взносов).

За необоснованный отказ страховщика в осуществлении страховой выплаты, за задержку этой выплаты договором страхования может быть установлена ответственность. Но поскольку договор страхования заключается обычно на основе стандартных правил страхования, которые разработаны самим же страховщиком, трудно ожидать, чтобы он включил в эти правила какие-либо невыгодные для себя условия, в том числе положения, предусматривающие его ответственность, связанную с невыполнением его обязанности по производству страховой выплаты.

Однако следует иметь в виду, что страхователь на основании ст. 353 ГК вправе взыскать со страховщика неустойку за неисполнение денежного обязательства.

Кроме того, страхователь вправе взыскать со страховщика убытки, вызванные отказом в уплате страховой выплаты или несвоевременным ее осуществлением (ст. 350 ГК). /

С учетом изложенного страхование можно определить следующим образом.

Страхование представляет собой отношение между страховщиком и страхователем по предоставлению страховщиком застрахованному лицу за плату страховой защиты в форме страховой и иных выплат, производимых при наступлении страхового случая.

Главной **функцией** страхования является **защитная** функция.

Заклучив договор страхования, страхователь приобретает, во- первых, чувство защищенности от определенных грозящих ему неприятностей (психологическая составляющая данной функции), во- вторых, обеспечивает защиту своего материального положения путем получения страховой выплаты (материальная составляющая данной функции).

При имущественном страховании материальная составляющая данной функции трансформируется в **восстановительную** (компенсационную) функцию - получив страховую выплату застрахованное лицо приобретает возможность возместить тот убыток, который ему причинен **в** результате страхового случая. Тем самым его материальное положение восстанавливается до того уровня, который существовал до страхового случая, что и определяет смысл страховой защиты при данном виде страхования.

При личном страховании материальная составляющая защитной функции страхования приобретает характер **обеспечительной** функции - посредством полученной от страховщика страховой выплаты застрахованное лицо (выгодоприобретатель) получает определенную материальную поддержку или же ему обеспечивается определенный уровень материального благосостояния. Страховая защита здесь выражается в обеспечении условий существования застрахованного лица или выгодоприобретателя на том или ином уровне. Данная функция имеет обеспечительный характер и при рисковом виде личного страхования, где страховым случаем выступает причинение вреда жизни или здоровью самого страхователя или другого названного в договоре гражданина (например, страхование от несчастного случая или от болезни), поскольку такие категории, как "жизнь" и "здоровье", не имеют стоимостной оценки и никакие страховые выплаты не в состоянии возместить причиненный им вред (тем более при гибели человека).

Деятельность страховщика характеризуется через понятие "страховая деятельность".

Страховая деятельность - это деятельность страховых организаций, связанная с осуществлением страхования.

Иногда в понятие страховой деятельности включают **деятельность** не только страховщиков, но и страховых и перестраховочных брокеров. Вряд ли это правильно, поскольку эти лица, являясь **коммерческими** посредниками в области страхования, действуют либо от имени страховщика, либо страхователя, выступая их представителями, то есть в качестве субъекта страхового отношения (стороной по договору страхования) они не выступают. Поэтому считать их **деятельность** в качестве страховой деятельности нет достаточных оснований. Хотя бесспорно, что их деятельность связана со страхованием, в процессе осуществления которого они оказывают субъектам страхового отношения определенные услуги.

Существенной категорией страхового дела является **страховая защита**.

Страховая защита реализуется в рамках конкретного правоотношения, где страховщик оказывает за обусловленную плату страхователю или иному, назначенному им лицу, услугу в виде страховой защиты.

Страховую защиту нельзя сводить к страховой выплате. Страхователь платит не за деньги, которые неизвестно, получит он или нет. В равной мере страховая защита еще не является возмещением убытков (при имущественном страховании) или вреда (при личном страховании), причиненных страховым случаем.

Страховая защита есть система мер по обеспечению материального положения застрахованного лица, которые обязан осуществить страховщик в соответствии с условиями страхования.

Страховая защита имеет три аспекта: юридический, материальный и психологический.

Юридический аспект выражается в наличии страхового обязательства, т. е. обязательства страховщика произвести страховые и иные выплаты при наступлении обстоятельств (юридических фактов), с которым законодательный акт или договор связывают возникновение у страховщика обязанности произвести такие выплаты (в частности, наступление страхового случая). **Материальный** - находит свое выражение во всякого рода выплатах, которые производит страховщик при наступлении страхового случая или иных предусмотренных договором или законом обстоятельств.

Психологический - в достижении страхователем чувства защищенности от превратностей судьбы. И это ощущение защищенности, приобретаемое вместе с заключением договора страхования, имеет самостоятельную ценность, входит в стоимость как самого страхования, так и платы за него. При этом страхователь, заключая договор страхования и выплачивая страхователю страховую премию, заведомо знает, что страховой случай может, не произойти и никаких страховых выплат ему получать не придется. Но тем не менее он идет на заключение этого договора, вовсе не считая, что деньги могут быть израсходованы впустую, потому что чувство покоя и уверенности в завтрашнем дне имеет для него самостоятельную ценность.

В наиболее типичном варианте страхование организуется в связке "страхователь - страховщик". Однако в некоторых ситуациях оно может приобретать более сложные, комбинированные формы, где на стороне либо страхователя, либо страховщика участвует несколько субъектов. Рассмотрим основные из них.

Одной из форм комбинированного страхования является **двойное страхование**.

Двойное (множественное) страхование - это страхование одного и того же объекта у нескольких страховщиков по самостоятельным договорам с каждым (п. 1 ст. 821 ГК).

Признаками двойного страхования являются: а) тождественность страхователя (страхователем по всем договорам выступает одно и то же лицо); б) тождественность объекта страхования (речь идет о страховании одного и того же объекта); в) тождественность страхового случая (страхование осуществляется от одного и того же страхового случая); г) совмещение сроков страхования (на определенную дату действует сразу несколько договоров страхования); д) страхование у нескольких страховщиков; е) с каждым страховщиком страхователь заключает самостоятельный договор; ж) страховые суммы, предусмотренные договорами, в своей совокупности превышают страховую стоимость предмета страхования.

Следует отметить, что в некоторых странах двойное страхование вообще запрещено, то есть страхователь по тому или иному объекту может иметь дело лишь с одним страховщиком. И если в отношении этого объекта заключен второй договор страхования, то он признается недействительным. Связано это, прежде всего, с опасением, что при двойном страховании страхователь сможет получить несколько страховых выплат за одно и то же застрахованное имущество. Это не только ведет к неосновательному обогащению, но и может подталкивать страхователей к совершению умышленных страховых случаев. Скажем, гражданин, имеющий дом стоимостью в 5 млн. тенге, страхует его у пяти страховщиков на страховую сумму по 4 млн. тенге у каждого. В результате страхового случая (например, пожара) имущество погибает. В результате страхователь может получить страховое возмещение в размере 20 млн. тенге, на которые он сможет купить четыре таких дома. Перед таким искушением устоит не всякий.

Однако в большинстве стран двойное страхование разрешается, что диктуется, прежде всего, предоставлением страхователю возможности расширить свою страховую защиту - если один страховщик по каким-либо причинам не выполнит своего обязательства по договору то это сделает другой. Но везде предусмотрена та или иная **корректировка** с тем, чтобы общий размер полученных от страховщиков страховых выплат не превысил размера реального ущерба, **причиненного** в результате страхового случая.

При этом применяются различные системы расчетов страховщиков при осуществлении страховой выплаты страхователю: солидарная, субсидиарная и долевая (пропорциональная).

В Казахстане предусмотрен принцип **солидарной ответственности**, а именно: страхователь вправе получить страховую выплату с любого страховщика в объеме страховой суммы, предусмотренной заключенным с ним договором. В случае, если полученная страховая выплата не покрывает реального ущерба, страхователь вправе получить недостающую сумму с другого страховщика. Например, страхователь застраховал принадлежащий ему дом стоимостью 5 млн тенге (страховая стоимость) у трех страховщиков: у первого - на сумму 4 млн. тенге (страховая сумма), у второго - на сумму 3 млн., у третьего - на сумму 2 млн. В результате страхового

случая дом был уничтожен (реальный ущерб, следовательно, составил 5 млн. тенге). Страхователь может взыскать, например, с первого страхователя страховую выплату в размере 4 млн. тенге и со второго - в размере 1 млн. тенге. Таким образом второй страховщик будет частично освобожден от страховой выплаты (на сумму 2 млн. тенге), а третий - полностью.

При этом предусмотрено, что страховщик, полностью или частично освобожденный от страховой выплаты в силу того, что причиненный ущерб возмещен за счет страховых выплат, полученных от других страховщиков, обязан вернуть страхователю соответствующую часть страховых премий, за вычетом понесенных расходов.

В целях недопущения получения страховых выплат одновременно от нескольких страховщиков в договорах страхования обычно устанавливается обязанность страхователя уведомлять страховщика о других действующих договорах страхования по этому объекту страхования. При невыполнении этой обязанности страховщик вправе отказать данному страхователю в страховой выплате, независимо от того, произвели такую выплату другие страховщики или нет.

При страховании одного и того же объекта, хотя и у разных страховщиков, но с каждым по своему страховому случаю, двойного страхования вообще не наступает и обязанность по страховой выплате несет тот страховщик, договор с которым охватывает наступивший страховой случай.

Например, гражданин застраховал принадлежащий ему автомобиль одновременно у двух страховщиков, но у одного от угона, а у другого - от дорожно-транспортного происшествия. В итоге автомобиль был угнан. Следовательно, страхователь имеет право требовать страховую выплату от первого страховщика. Такая конструкция называется "имущественное страхование от разных страховых рисков" и здесь допускается превышение размера общей страховой суммы по всем договорам над страховой стоимостью застрахованного имущества.

Ограничения по страховой выплате при двойном страховании установлены лишь в отношении имущественного страхования. При двойном личном страховании каждый страховщик выполняет свои страховые обязательства перед страхователем самостоятельно, независимо от выполнения их другими страховщиками. Таким образом, если гражданин застрахует, предположим, свое здоровье одновременно у двух или более страховщиков, то при наступлении страхового случая он вправе получить страховую выплату с каждого страховщика в полном объеме.

Следующей комбинированной формой страхования является групповое страхование.

При групповом страховании одним договором страхования охватывается несколько застрахованных лиц, являющихся одновременно выгодоприобретателями (п. 1 ст. 822 ГК).

Групповое страхование может быть как личным, так и имущественным, как персонифицированным, так и обезличенным, то есть охватывающим определенную категорию лиц.

При обезличенном страховании круг застрахованных лиц должен быть конкретизирован в договоре страхования в той мере, в какой это необходимо для индивидуализации каждого застрахованного лица и размера причитающейся ему страховой выплаты.

Групповое страхование получило достаточно широкое распространение в виде коллективного страхования жизни, где страхователем выступает организация (иначе говоря, работодатель), а застрахованными - лица, работающие по найму. Страховым случаем обычно выступает несчастный случай на производстве или профессиональное заболевание, повлекшие гибель или инвалидность застрахованного. В некоторых странах такое страхование носит обязательный характер. Данное страхование относится к категории личного страхования.

Еще одной формой комбинированной организации страхования является сострахование.

Сострахование - это страхование одного объекта страхования по одному договору совместно несколькими страховщиками (со-страховщиками).

При состраховании имеет место множественность лиц **в страховом** обязательстве на стороне страховщика. При этом **в** договоре должны содержаться условия, определяющие права и обязанности **страхователя** по отношению к страховщикам (**в** том числе и по выплате им страховой премии), **а** также страховщиков (всех вместе и каждого **в** отдельности) перед страхователем (**в** том числе и по страховой выплате).

Для сострахования характерно следующее: а) страхователем выступает одно лицо; б) страхование осуществляется в отношении одного объекта; в) по одному договору; г) совместно несколькими страховщиками; д) по одному страховому случаю.

Статья 823 ГК предусматривает, что если в договоре сострахования не определены права и обязанности каждого из страховщиков, они солидарно отвечают перед страхователем (выгодоприобретателем) за осуществление страховой выплаты. Это означает, что договором может быть предусмотрена конструкция, когда каждый страховщик отвечает лишь за свою долю страховой выплаты.

Договор сострахования отличается от двойного страхования тем, что при двойном страховании будет столько договоров страхования, сколько будет страховщиков, при состраховании имеется лишь один договор страхования.

На практике принято, что условия договора сострахования формирует тот страховщик, который несет большую долю обязательств перед страхователем. Такого страховщика обычно называют лидирующим. Страховщики, принимающие участие в состраховании в меньшей доле, следуют за условиями договора, принятыми лидирующим страховщиком.

При наличии соответствующего соглашения между состраховщиками один из них может представлять всех состраховщиков во взаимоотношениях со страхователем, оставаясь ответственным перед последним только в своей доле. Обычно им является лидирующий страховщик. При этом такой страховщик должен иметь от других состраховщиков надлежащим образом оформленную доверенность. Отметим, что такое выделение лидирующего (основного) страховщика не превращает договор сострахования в обязательство с участием лишь одного страховщика либо в разновидность перестрахования.

Для совместного страхования крупных или особо крупных рисков страховщики могут создавать на основе соглашения о совместной деятельности простые товарищества, получившие в практике страхования название страховой пул. В рамках этих пулов страховщики могут координировать свою деятельность по заключению договоров сострахования, распределять доли обязательств при осуществлении страховой выплаты, конкретизировать общие договорные обязанности, определять взаимные обязательства, осуществлять иное сотрудничество в ходе заключения и исполнения договоров.

Сострахование - институт, призванный поднять уровень страховой защиты. То, что не по силам одному страховщику, они могут сделать сообща. В равной мере сострахование способствует развитию деловых связей между страховщиками, углубляя и расширяя производственную кооперацию между ними, что способствует развитию рынка страховых услуг.

Одним из видов комбинированной организации страхования является перестрахование.

Перестрахование - это страхование страховщиком (именуемого перестрахователем) принятого на себя по договору страхования обязательства полностью или частично у другого страховщика (именуемого перестраховщиком).

Гражданский кодекс по данному поводу устанавливает следующее: "Страховщик вправе путем перестрахования обеспечить покрытие риска исполнения всех или части своих обязательств перед страхователем у другого страховщика (перестраховщика)" (п. 1 ст. 824).

Перестрахование является способом обеспечения устойчивости финансового положения страховщика и средством, увеличивающим его возможности по осуществлению страховой защиты. В страховой практике это именуется "созданием сбалансированного портфеля страхования".

Условия перестрахования определяются договором, заключаемым перестрахователем и перестраховщиком. Гражданский кодекс устанавливает, что договор перестрахования должен отвечать требованиям, предъявляемым к договору страхования.

Таким образом, в процессе перестрахования имеют место два договора страхования: первый, именуемый "основной договор страхования" и заключаемый между страхователем и страховщиком; второй, именуемый "договор перестрахования" и заключаемый между страховщиком по основному договору страхования (перестрахователем), выступающим в договоре перестрахования в качестве страхователя, с другим страховщиком (перестраховщиком).

При перестраховании ответственным перед страхователем за осуществление страховой выплаты остается страховщик по основному договору страхования. Иначе говоря, перестраховщики не несут ответственности перед страхователем по основному договору страхования и все свои претензии, связанные с неисполнением этого договора, этот страхователь может предъявлять лишь к своему контрагенту.

В связи с этим представляются ошибочными встречающиеся суждения, согласно которым при перестраховании имеет место передача застрахованного риска от страховщика к перестраховщику, **который** принимает на себя определенную долю этого риска. В равной мере ошибочным является мнение, что посредством перестрахования страховщик передает часть своих обязательств перед страхователем другим страховщикам. Кстати, именно это мнение оказалось закрепленным в Законе о страховой деятельности.

При перестраховании нет ни передачи риска, ни передачи ответственности, ни передачи обязательства, хотя процесс перестрахования и именуют цессией. Нет и перемены должника в страховом обязательстве, нет и исполнения обязательства третьим лицом.

При перестраховании имеет место **страхование** собственного риска страховщика (а именно, риска неисполнения обязанности по осуществлению страховой выплаты). Таким образом перестрахование представляет собой своеобразное "страхование исполнения договора страхования".

Заключение страховщиком договора перестрахования не освобождает его от ответственности перед страхователем по основному договору страхования. Поэтому невыполнение

перестраховщиком своих обязательств по договору перестрахования не освобождает страховщика по основному договору страхования от выполнения его обязательств перед страхователем. Более того, если страхователь по основному договору страхования не выступает в качестве выгодоприобретателя по договору перестрахования, то он не имеет никаких прав требования к перестраховщику. Заметим, что этот страхователь может даже и не знать о существовании договора перестрахования. И это неслучайно, так как предметом перестрахования выступает не риск страхователя основного договора, а риск страховщика этого договора.

Субъектами перестраховочного отношения выступают **перестрахователь** (по международной терминологии - **цедент**), и **перестраховщик (цессионарий)**.

В свою очередь перестраховщик также может перестраховать принятые на себя риски у другого страховщика (вторичное перестрахование). Такую операцию принято именовать **ретроцессией**, а перестраховщика, передающего риск в ретроцессию, - **ретроцессионером**. Таким образом цепочка договоров перестрахования может продолжиться и за первым договором перестрахования может возникнуть второй.

Предметом перестрахования выступает риск неисполнения страховщиком своего обязательства по осуществлению страховой выплаты по основному договору страхования.

Страховым случаем выступает возникновение у перестрахователя обязательства по осуществлению страховой выплаты по основному договору страхования, в котором он вступает в качестве страховщика.

Имущественный интерес перестрахователя в договоре перестрахования обычно заключается в нескольких моментах: во-первых, в уменьшении своих денежных затрат, вызванных осуществлением страховой выплаты по основному договору страхования; во-вторых, это позволяет ему "осилить" основной договор страхования, взяв на страхование такой риск, который он без посторонней помощи не в состоянии был бы покрыть.

Следовательно, объектом перестрахования выступает имущественный интерес перестрахователя, связанный с исполнением обязанности по осуществлению страховой выплаты по основному договору страхования, в котором данный перестрахователь выступает в качестве страховщика.

Страховая сумма при перестраховании определяется размером страховой выплаты, риск осуществления которой страховщик по основному договору страхования страхует у перестраховщика.

Например, в соответствии с условиями договора страхования размер страхового возмещения, который придется выплатить страховщику, если произойдет страховой случай, составляет 1 млн. рублей. Страховщик перестраховал свой риск в доле 75 процентов, оставив на собственное удержание 25 процентов. Следовательно, страховая сумма по договору перестрахования составит 750 тысяч рублей.

Коль скоро перестрахование является разновидностью страхования, возникает вопрос о плате за страховую услугу, реализуемую в рамках этого вида страхования. При обычном страховании этой платой выступает, как известно, страховая премия. В отличие от традиционных страховых платежей, вносимых страхователем страховщику при обычном страховании, плата за перестрахование

имеет особые формы и производится путем деления основной страховой премии (то есть премии, полученной страховщиком от страхователя по основному договору страхования) между перестрахователем и перестраховщиком. При этом доля перестрахователя (страховщика по основному договору страхования) называется **оригинальная комиссия**. Остальная часть страховой премии передается перестраховщику и выступает **платой** перестрахователя перестраховщику за страхование риска страховщика по основному договору страхования.

Размер платы за перестрахование определяется соглашением перестрахователя с перестраховщиком. При этом размер премии перестраховщика обычно определяется как процентная доля от страховой премии страховщика по основному договору страхования. Сама эта доля зависит от доли риска, передаваемой в перестрахование. Например, перестрахователь страхует по договору перестрахования 75 процентов своего риска по основному договору страхования, оставляя, как говорят, на "собственное удержание" 25 процентов этого риска! Соответственно этому "оригинальная комиссия" перестрахователя составит 25 процентов от страховой премии страхователя по основному договору страхования, а 75 процентов будет передана перестраховщику в качестве платы за перестрахование.

Выгодоприобретателем может выступать как сам перестрахователь, так и страхователь по основному договору страхования.

§ 2. Договор страхования

По договору страхования одна сторона (страхователь) обязуется уплатить страховую премию, а другая сторона (страховщик) обязуется при наступлении страхового случая осуществить страховую выплату страхователю или иному лицу, в пользу которого заключен договор (выгодоприобретателю), в пределах определенной договором суммы (страховой суммы) (п. 1 ст. 803 ГК).

Характеризуя договор страхования можно выделить следующие его признаки: а) возмездность, которая заключается в том, что страховая защита, выражающая сущность страхования, предоставляется страховщиком страхователю за плату в виде страховой премии; б) двусторонний характер, поскольку его сторонами выступают два субъекта - страхователь и страховщик, а условия договора страхования есть выражение их согласованной воли, устанавливающей наличие субъективных прав и обязанностей у обеих сторон; г) срочность - условие о сроке действия договора относится к существенным условиям договора страхования.

Характерной особенностью договора страхования является то, что он всегда заключается в связи со страховым случаем, вследствие наступления которого у страховщика возникает обязанность осуществить страховую выплату страхователю.

В связи с этим следует сказать, что некоторые авторы считают договор страхования условной сделкой. Условный характер договора обычно обосновывают тем, что включение механизма страхования обусловлено страховым случаем - событием, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет.

С этим нельзя согласиться по следующим основаниям. Во-первых, главная обязанность страхователя - уплата страховой премии - существует вне зависимости от того, наступит страховой случай или нет. 520'

Во-вторых, условие, при котором сделка считается условной, должно иметь характер дополнительного элемента сделки, то есть сделка **данного** вида может быть совершена и без такого условия. Условие о **страховом** случае является основным элементом страховой сделки, без этого обстоятельства страхование невозможно даже при **безрисковых** видах.

Традиционно договор страхования относят к числу **рисковых** (алеаторных) договоров. Страховой случай может произойти, но может и не произойти. Он может причинить убыток имуществу или вред личности, но может и не причинить. Страховщик, заключая договор страхования, рискует тем, что страховой случай может произойти и ему придется осуществить страховую выплату в размерах, значительно превышающих те деньги, которые он получил в виде страховой премии.

В тоже время нельзя абсолютизировать рисковый характер договора страхования, поскольку существует обеспечительное (по терминологии страхового законодательства Республики Казахстан "накопительное") страхование, в котором рисковый момент либо значительно смягчен, либо отсутствует полностью.

Сторонами договора страхования выступают страхователь и страховщик.

Страхователь - лицо, заключившее договор страхования со страховщиком, с целью обеспечения страховой защиты имущественного интереса определенного лица (застрахованного).

В случае смерти страхователя, заключившего договор страхования имущества, права и обязанности страхователя переходя к лицу, принявшему это имущество в порядке наследования. В других случаях перехода права собственности (или иных вещных прав), права и обязанности страхователя переходят к новому собственнику (или обладателю иных вещных прав) с согласия страховщика, если договором или законодательными актами не установлено иное.

При реорганизации страхователя, являющегося юридическим лицом, его права и обязанности по договору страхования переходят с согласия страховщика к соответствующему правопреемнику в порядке, установленном гражданским законодательством.

Таким образом, в целом реализуется принцип, согласно которому страхование следует судьбе застрахованного объекта. Однако, в отличие от некоторых стран, где этот принцип реализуется автоматически, в Казахстане замена страхователя производится по общему правилу лишь с согласия страховщика. Объясняется это тем, что страховщику далеко не безразлично, с кем он имеет дело, так как личность страхователя в значительной степени определяет степень страхового риска, а следовательно, и условий страхования.

Страховщик - лицо, обязанное осуществить страховую защиту имущественного интереса застрахованного.

Основной обязанностью страховщика является **обязанность произвести при наступлении страхового случая страховую выплату** лицу, обозначенному в качестве выгодоприобретателя, в

пределах определенной договором суммы (страховой суммы).

Страховщиком может быть только юридическое лицо, зарегистрированное в качестве страховой организации и имеющее лицензию на право осуществления страховой деятельности (ст. 814 ГК).

Традиционными фигурами страхового дела выступают застрахованный и выгодоприобретатель.

Застрахованный - это лицо, в отношении которого осуществляется страхование. Точнее, это лицо, имущественный интерес которого выступает в качестве объекта страхования.

Если объектом страхования выступает имущественный интерес самого страхователя, то в качестве застрахованного выступит страхователь. Однако в случае, когда страхователь страхует не свой интерес, а интерес другого лица, в качестве застрахованного выступает это лицо.

Гражданский кодекс предусматривает, что если иное не предусмотрено договором, страхователь одновременно является застрахованным.

Если в качестве застрахованного выступает третье лицо, то в зависимости от вида страхования различают личное страхование застрахованного и имущественное страхование застрахованного.

Если по условиям договора на застрахованного, не являющегося страхователем, возлагаются определенные обязанности, страхователь должен получить согласие застрахованного на заключение данного договора.

Заключение договора в пользу застрахованного не освобождает страхователя от выполнения обязанностей по этому договору.

Страхование третьего лица осуществляется за счет страхователя.

Фигуру застрахованного определяет страхователь. Он же определяет и объект страхования (то есть имущественный интерес определенного лица, в отношении которого осуществляется страховая защита). Страхователь может заменить застрахованного, но лишь с согласия самого застрахованного и страховщика. Этим самым обеспечивается стабильность страховых отношений и недопущение изменения договора в одностороннем порядке.

Выгодоприобретатель - лицо, которое является получателем страховой выплаты. В зависимости от условий договора страхования им может быть как сам страхователь, так и третье лицо: застрахованный или лицо, специально выделенное в качестве выгодоприобретателя.⁴⁶⁷

Договор, при котором выгодоприобретатель выступает в качестве самостоятельного лица, выступает в качестве договора в пользу третьего лица (ст. 391 ГК).

Выгодоприобретателем могут быть как юридическое лицо, так и граждане.

Выгодоприобретатель может назначаться как по личному, так и имущественному страхованию.

По обязательным видам страхования выгодоприобретатель определяется законодательными актами, регулирующими данный вид страхования, по добровольным видам - назначается страхователем.

Если иное не предусмотрено законодательными актами об обязательном страховании или договором о добровольном страховании, выгодоприобретателем является страхователь.

Если страхователь не является застрахованным, то выгодоприобретателем должен быть застрахованный, либо он назначается с письменного согласия застрахованного.

Данное положение установлено в целях недопущения использования страхования в криминальных целях: если некто застрахует дачу соседа от пожара, о чем он даже не будет знать, назначив при этом выгодоприобретателем себя, то данная дача сгорит наверняка.

Выгодоприобретателя назначает страхователь. Он же вправе до наступления страхового случая заменить не являющегося застрахованным выгодоприобретателя, названного в договоре страхования, другим лицом, письменно уведомив об этом страховщика. Однако выгодоприобретатель не может быть заменен другим лицом после того, как он выполнил определенные обязанности по договору страхования, вытекающие из его соглашения со страхователем, или предъявил страховщику требование по осуществлению страховой выплаты. Этим самым обеспечивается не только стабильность страховых отношений, но и гарантируются права выгодоприобретателя как лица, в пользу которого был заключен договор страхования. Следует также иметь в виду, что заключение договора страхования в пользу третьего лица нередко является условием какого-либо иного правоотношения, существующего между страхователем и выгодоприобретателем. Так, арендодатель, сдавая имущество в аренду, может предусмотреть в договоре аренды обязанность арендатора застраховать это имущество в пользу арендодателя, который в **договоре** страхования будет выступать в качестве выгодоприобретателя.

Таким образом, выгодоприобретатель по широкому счету - это свойство одного из участников страхового отношения. Им может быть: 1) сам страхователь, обозначивший себя в качестве **получателя** страховой выплаты; 2) застрахованное лицо, в пользу которого осуществляется страхование; 3) третье лицо, назначенное страхователем или определенное законодательным актом в качестве получателя страховой выплаты; 4) наследники застрахованного лица, когда в договоре страхования не назван иной кроме этого лица **выгодоприобретатель**.

Фигуры "страхователь", "застрахованный" и "выгодоприобретатель" могут совпадать в лице страхователя. Он, выступая **стороной** в договоре страхования, страхует свой интерес (то есть выступает застрахованным), он же ⁴⁶⁸получает страховую выплату при **наступлении** страхового случая (то есть является выгодоприобретателем). Однако в некоторых ситуациях все эти фигуры могут быть представлены в виде самостоятельных субъектов, то есть лицо представлено в договоре страхования в качестве страхователя, но страхует он не свой интерес, а интерес другого лица, которое выступает таким образом в роли застрахованного, а получателем страховой выплаты назначается еще одно лицо, являющееся выгодоприобретателем. Например, муж страхует жизнь своей жены, а выгодоприобретателем назначает их сына. В данной ситуации муж выступит страхователем, жена - застрахованным лицом, сын - выгодоприобретателем. Заметим, что при таком варианте страхования необходимо письменное согласие жены.

Возможны и другие комбинации: страхователь является застрахованным, но выгодоприобретателем назначено другое лицо (например, муж страхует свою

жизнь, но выгодоприобретателем назначает свою жену); страхователь является выгодоприобретателем, но застрахованным выступает другое лицо (например, муж страхует свою жену, но выгодоприобретателем назначает самого себя, при этом необходимо согласие жены); страхователь страхует застрахованного, который одновременно является выгодоприобретателем. Например, муж может застраховать свою жену, скажем, от несчастного случая. При этом она будет выгодоприобретателем, если, во-первых, об этом прямо будет сказано в договоре страхования, или, во-вторых, если этим договором не будет предусмотрено в качестве выгодоприобретателя еще какое-нибудь другое лицо. В последнем случае можно в полном смысле этого слова говорить о договоре страхования в пользу третьего лица, поскольку оно является и застрахованным, и выгодоприобретателем. 524'

Договор страхования должен быть заключен в **письменной** форме.

Гражданский кодекс устанавливает, что договор страхования заключается путем: 1) составления сторонами одного документа; 2) присоединения страхователя к типовым условиям (правилам страхования), разработанным страховщиком в одностороннем порядке (договор присоединения); 3) выдачи страховщиком страхователю страхового полиса; 4) иным способом, позволяющим документально подтвердить наличие волеизъявления сторон на заключение договора и достижения ими соглашения по всем его условиям (ст. 152 и 393 ГК).

Форма письменного договора определяется страховщиком и оо соглашением сторон.

Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора страхования.

Документация, оформляющая договор, должна:

1) закрепить в письменной форме содержание волеизъявления сторон;

2) удостоверить, что стороны достигли соглашения по всем существенным условиям договора;

3) фиксировать содержание этих существенных условий, то есть определять условия страхования.

Следует сказать, что в практике страхования довольно широко применяется такой документ, как **правила страхования**. Эти правила позволяют упростить процедуру заключения договора и более тщательно определить условия страхования.

Предусмотрено, что правила страхования разрабатываются страховщиком для каждого вида страхования отдельно и подлежат согласованию с уполномоченным государственным органом при выдаче лицензии на право осуществления соответствующего вида страхования. Уполномоченный государственный орган (им в настоящее время является Национальный Банк Казахстана) вправе отказать в выдаче лицензии, если представленные правила страхования противоречат законодательству Республики Казахстан и не отвечают требованиям ГК (ст. 825-1 ГК).

Существует мнение, что правила страхования являются локальным нормативным правовым актом. С такой постановкой вопроса согласиться нельзя. Правовой акт - это установление государства в лице его соответствующего органа. Страховщик не

является органом государственной власти, уполномоченным на принятие правовых актов. Поэтому правила страхования представляют собой акты внутренней саморегуляции деятельности страховых организаций. Одобрение или не превращает данные правила в правовые акты.

Не являясь правовым актом, правила страхования сами по себе не обладают юридической силой и не выступают в качестве обязательных для страхователя. Для того, чтобы эти правила превратились в источник регулирования страхового отношения и стали обязательными для сторон, они тем или иным способом должны быть введены в действие. Генеральный директор страховой компании в соответствии со статьей 171 Гражданского кодекса Российской Федерации не вправе в одностороннем порядке изменить или отменить правила страхования.

Договор страхования, заключенный на основе правил страхования относится к числу договоров присоединения.

В соответствии с п. 1 ст. 389 ГК договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному документу.

Следует иметь в виду, что договор присоединения будет иметь место лишь в том случае, когда страхователь принимает условия страхования, изложенные в правилах страхования целиком, без их изменения и дополнений.

Между тем стороны могут договориться об изменении или исключении отдельных положений правил страхования и о их дополнении, индивидуализируя тем самым условия страхования.

При этом часть условий определена стандартными правилами страхования, а другая часть - соглашением сторон во исполнение этих правил, договором присоединения не является.

Договором присоединения к разработанным страховщиком правилам страхования является лишь одним из способов заключения договора.

осуществлять свою деятельность без применения правил страхования.

Договорные отношения (например, типовую форму договора страхования). Поэтому вызывает недоумение, что именно правила страхования выступают основанием для получения страховой организацией лицензии на право осуществления страховой деятельности. Получается, что страховщик в своей деятельности должен руководствоваться правилами страхования.

Условия любого договора принято делить на существенные и несущественные. Существенными являются условия по которым стороны должны достичь соглашения. Если стороны не достигнут по ним соглашения, договор считается незаключенным.

В соответствии с п. 1 ст. 393 ГК существенными являются следующие условия: а) о предмете договора, б) которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида; в) относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Исходя из сказанного, возникает вопрос, что является предметом договора страхования.

Вообще-то предметом договора страхования выступает само страхование, то есть предоставление страховщиком за плату страховой защиты страхователю (застрахованному). Именно страховая защита в страховом правоотношении выступает тем "товаром", который "покупает" страхователь.

Отсюда следует, что **предметом договора страхования выступает страховая защита, предоставляемая страховщиком страхователю (застрахованному) за обусловленную плату.**

Предмет договора страхования состоит из нескольких элементов и включает в себя:

1) при имущественном страховании и рисковом личном страховании - определение той опасности, в устранении вредоносных последствий которой страховщик окажет содействие страхователю; при обеспечительном личном страховании - определение того состояния жизни застрахованного, при котором ему будет оказано материальное обеспечение. Практически речь идет о том событии, которое будет рассматриваться в качестве страхового случая и наступление которого включает в действие механизм страховой защиты. Данное условие договора страхования отвечает на вопрос: в связи с чем осуществляется страховая защита;

2) определение форм и размеров страховой защиты. Данное условие договора страхования отвечает на вопрос: в чем выражается страховая защита.

3) определение способа и сроков уведомления страховщика о наступлении страхового случая и о порядке и сроках осуществления страховой выплаты. Данное условие договора страхования отвечает на вопрос: порядок осуществления страховой защиты.

4) **определение** размера платы за страховую защиту, что практически означает условие о размере страховой премии. Данное условие отвечает на вопрос: сколько стоит страховая защита.

Что касается существенных условий страхования, которые идут в **разряде** "условий, названных в законе или иных правовых актах", то в **данном** случае действует ст. 826 ГК.

Данная статья предусматривает, что договор страхования должен содержать: 1) наименование, место нахождения и банковские реквизиты страховщика; 2) фамилию, имя, отчество (при его наличии) и место жительства страхователя (если им является физическое лицо) или его наименование, место нахождения и банковские реквизиты (если им является юридическое лицо); 3) указание объекта страхования; 4) указание страхового случая; 5) размеры страховой суммы, порядок и сроки осуществления страховой выплаты; 6) размеры страховой премии, порядок и сроки ее уплаты; 7) дату заключения и срок действия договора; 8) указания о застрахованном и выгодоприобретателе, если они являются участниками страхового отношения; 9) номер, серию договора (страхового полиса); 10) случаи и порядок внесения изменений в условия договора; 11) условия выплаты и размер выкупной суммы (для накопительного страхования).

При заключении договора страхователь обязан сообщить страховщику известные страхователю обстоятельства, имеющие существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков от его наступления (страхового риска), если эти

обстоятельства не известны или не должны быть известны страховщику (п. 1 ст. 832 ГК).

Кроме того, страхователь обязан незамедлительно сообщать страховщику о ставших ему известными значительных изменениях в указанных обстоятельствах, если эти изменения наступят уже в период действия договора.

В практике страхования под обстоятельствами, имеющими существенное значение для определения степени страхового риска, понимаются факты, которые повлияли бы на решение страховщика, заключать или не заключать договор страхования, и на каких условиях это страхование осуществлять.

В соответствии с Гражданским кодексом существенными признаются во всяком случае обстоятельства, определенно оговоренные в правилах страхования, разработанных страховщиком, или в письменном запросе страховщика, направленном страхователю в период заключения договора.

Требование о предоставлении страхователем страховщику информации, касающейся "обстоятельств, имеющих существенное значение" вытекает из того, что наибольшими сведениями относительно предмета страхования обладает лишь одно лицо - сам страхователь. И по большей части страховщик осуществляет страхование, руководствуясь той информацией, которую предоставит ему страхователь. Отсюда одним из принципов страхования выступает, так называемый, "принцип высшей добросовестности", согласно которому в действиях сторож' не должно быть ни обмана, ни намерения обмануть, а напро-

ТИВ, ЭТИ отношения должны основываться на честности и полном до-

Всвязи с этим предусмотрено, если после заключения договора ^вустановлено, что страхователь сообщил страховщику заведомо ложные сведения об обстоятельствах, являющихся "существенными", **страховщик** вправе потребовать признания договора страхования недействительным с оставлением себе той части страховой премии, **которая соответствует** периоду, предшествующему признанию договора недействительным.

Если страхователь не сообщит о значительных изменениях в этих обстоятельствах уже в период действия договора страхования, то страховщик вправе потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных этим расторжением.

Важное значение имеет **момент заключения** договора страхования, поскольку именно с этим моментом ст. 386 ГК увязывает вступление договора в силу.

Применительно к договору страхования вступление его в силу прежде всего означает, что у страхователя возникает обязанность по уплате страховой премии, а у страховщика - по страховой выплате при наступлении страхового случая.

Таким образом, момент заключения договора страхования, определяя вступление этого договора в силу, означает начало действия **страховой** защиты, предусмотренной договором.

В соответствии со ст. 393 ГК момент заключения договора зависит от того каким он является: консенсуальным или реальным. Консенсуальный договор признается заключенным, когда между сторонами достигнуто соглашение по всем существенным его условиям (п. 1 ст. 145), реальный - в момент передачи соответствующего имущества (п. 2

э^тВ тсГже время ст. 827 ГК устанавливает, что договор страхования вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента уплаты страхователем страховой премии, а при уплате ее в рассрочку - первого страхового взноса, если договором или законодательными актами⁷³ об обязательном страховании не предусмотрено иное.

То что вступление договора страхования в силу обусловлено уплатой страховой премии, дает основание считать, что этот договор является реальным. При этом под "передачей соответствующего имущества" понимаются деньги, передаваемые страхователем страховщику в качестве страховой премии.

Но поскольку стороны могут оговорить, что договор страхования признается заключенным с момента достижения соглашения по всем существенным его условиям, что выразится в подписании **договора**, возникнет модель консенсуального договора.

Для **консенсуального** договора страхования характерно то, что он вступает в силу независимо от того, уплачена страховая премия или нет. Поэтому, если страховой случай произойдет до момента уплаты страховой премии, то страховщик обязан произвести

страховую выплату. Однако в этом случае страховщик имеет право зачесть сумму страховой премии или первого ее взноса, даже если срок уплаты еще не наступил.

Кроме того, следует различать понятия "действие договора" и "действие страховой защиты", предусмотренного этим договором.

Обычно период страховой защиты совпадает с периодом действия договора страхования. Например, если договор страхования имущества от пожара заключен на период с 1 января по 31 декабря определенного года, то и действие страховой защиты начинается с 1 января, а заканчивается 31 декабря.

Однако стороны вправе сместить период действия страховой защиты по отношению к периоду действия договора страхования. Например, договором страхования речного судна, заключенного сроком на 5 лет, предусмотрено, что его действие распространяется лишь на период летней навигации, которая ежегодно начинается 1 мая и завершается 31 октября. В результате, если с данным судном произойдет происшествие, хотя и предусмотренное договором страхования в качестве страхового случая, но в период до 1 мая или после 31 октября, то у страховщика не возникает обязанности по производству страховой выплаты, несмотря на то, что договор остается действующим.

Срок действия страховой защиты может распространяться на совершение одной хозяйственной операции (например, при страховании грузов) или какого-либо действия (например, при обязательном страховании пассажиров, где при каждой поездке гражданин страхуется заново).

Однако здесь возникает вопрос, могут ли стороны охватить действием страховой защиты период, предшествующий заключению этого договора. В практике страхового дела такое страхование называется "страхование на прошлое время".

Совершенно очевидно, что заключение договора по поводу страховых случаев, которые уже произошли, не отвечает самой сущности страхования. Исключение могут составлять ситуации, когда стороны устанавливают срок начала действия страховой защиты, предшествующий моменту заключения договора, не зная о том, имел ли место страховой случай или нет в период между этими сроками. Если о том, что страховой случай уже произошел, знал страхователь, но не знал 530 страховщик, то будет иметь место сделка, совершенная под влиянием обмана со всеми вытекающими отсюда последствиями (п. 9 ст. 159 ГК).

Под **территорией страхования** понимается зона, на которую распространяется страховая защита страховщика по данному договору страхования.

Территория страхования имеет значение при страховании **движимых** объектов (людей, транспортных средств, грузов), которые подвергаются перемещению и перевозке.

По общему правилу территория страхования совпадает с территорией Республики Казахстан. Это означает, что если, например, застрахован автомобиль, то в каком бы месте территории Казахстана с ним не случилось автотранспортное происшествие, страховщик обязан произвести страховую выплату.

Но возможна и такая ситуация, когда территория страхования не совпадает с территориальным пространством государства. Причем это может выразиться двояким образом: либо территория страхования охватывает лишь определенные участки

территории Казахстана, то есть территория страхования чуже территории государства, либо, наоборот, страховая защита распространяется за пределы территории Казахстана, то есть территория страхования шире территории государства.

В тех случаях, когда территория страхования не совпадает с территорией государства, это должно быть либо определено в договоре, либо вытекать из характера объекта страхования.

Например, если страхуется воздушное судно, обслуживающее международные рейсы, то предполагается, что страховщик будет обязан произвести страховую выплату и в том случае, когда этот авиалайнер потерпит аварию где-то за границей.

Страхователь (застрахованный) после, как ему стало известно о наступлении страхового случая, обязан незамедлительно уведомить о его наступлении страховщика или его представителя.

Неуведомление страховщика о наступлении страхового случая дает ему право отказать в страховой выплате, если не будет доказано, что страховщик своевременно узнал о наступлении страхового случая либо отсутствие у страховщика сведений об этом не могло сказаться на его обязанности осуществить такую выплату.

При наступлении страхового случая страхователь (застрахованный) обязан принять разумные и доступные в сложившихся обстоятельствах меры, чтобы предотвратить или уменьшить возможные убытки, в том числе меры к спасению и сохранению застрахованного имущества.

Другими словами, страхователь не должен равнодушно взирать на то, как горит застрахованное им строение, полагая, что получит страховку. В то же время он вовсе не обязан лезть в пекло, рискуя жизнью.

Принимая такие меры, страхователь должен следовать **указаниям** страховщика, если они сообщены страхователю.

Расходы, понесенные страхователем в этих целях, подлежат возмещению страховщиком, если такие расходы были необходимы или были произведены для выполнения указаний страховщика, даже если соответствующие меры оказались безуспешными.

Страховщик освобождается от осуществления страховой выплаты в части тех убытков, которые возникли вследствие того, что страхователь умышленно не принял разумных и доступных ему мер, чтобы уменьшить возможные убытки.

Страховщик вправе полностью или частично отказать страхователю в страховой выплате, если страховой случай произошел вследствие:⁴⁷⁵

1) умышленных действия страхователя, застрахованного или выгодоприобретателя, направленных на возникновение страхового случая либо способствующих его наступлению, за исключением действий, совершенных в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости;

2) действий страхователя, застрахованного или выгодоприобретателя, признанных в установленном законодательными актами порядке умышленными преступлениями или административными правонарушениями, находящимися в причинной связи со страховым случаем.

Страховщик не освобождается от осуществления страховой выплаты по договорам страхования гражданско-правовой ответственности, если страховой случай произошел по вине лица, чья ответственность является объектом страхования.

Данное положение продиктовано тем, что хотя объектом страхования и выступает имущественный

интерес страхователя, выступающего в качестве причинителя вреда, но само страхование учитывает и интересы потерпевшего, который выступает в роли выгодоприобретателя. Отказ страхователю в страховой выплате означал бы одновременно отказ в этой выплате и выгодоприобретателю. Между тем страховая выплата призвана в данном случае возместить этому выгодоприобретателю, являющемуся потерпевшим, тот вред, который причинен ему страхователем, являющимся причинителем вреда.

Гражданский кодекс решает и такой деликатный вопрос, какими будут последствия в случае, если застрахованное по личному страхованию лицо покончит жизнь самоубийством. Поскольку, строго говоря, страховой случай здесь произошел по вине страхователя (а возможно он даже пошел на самоубийство в целях обеспечения своих близких деньгами за счет получения страховки), это дает основание страховщику отказать выгодоприобретателям в страховой выплате. Тем не менее установлено, что в данной ситуации страховщик не освобождается от страховой выплаты, если смерть наступила к моменту, когда договор страхования действовал уже не менее двух лет (ст. 839 ГК).

Прекращение срока действия договора страхования влечет прекращение страховой защиты, предусмотренной этим договором.

Обычно конечный срок действия договора страхования устанавливается в виде определенной календарной даты.

Гражданский кодекс устанавливает, что договор страхования прекращает свое действие с момента осуществления страховой выплаты (п. 2 ст. 827). Однако договором или законодательными актами об обязательном страховании может быть предусмотрено, что срок действия договора страхования охватывает собой любое количество страховых случаев, которые могут произойти с объектом страхования за период, на который заключен договор.

Договор страхования прекращается досрочно в тех случаях, когда страхование лишается смысла (например, когда перестал существовать предмет страхования, отпала возможность наступления страхового случая, страхователь прекратил предпринимательскую деятельность, выступавшую объектом страхования и т. п.). В этом случае страховщик имеет право на часть страховой премии, пропорционально времени, в течение которого действовало страхование.

Характерной особенностью договора страхования выступает то обстоятельство, что страхователь вправе отказаться от договора страхования в любое время. В этом случае уплаченная страховщику страховая премия не подлежит возврату, если договором страхования не предусмотрено иное (п. 2 ст. 842 ГК).

Если договором имущественного страхования не предусмотрено иное, к страховщику, осуществившему страховую выплату, переходит в пределах выплаченной суммы право требования, которое страхователь (выгодоприобретатель) имеет к лицу, ответственному за убытки, возмещенные в результате страхования (п. 1 ст. 840 ГК).

Такой переход права требования именуется суброгацией.

Сущностью суброгации выступает следующее. В соответствии с гражданским законодательством вред,

причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред.

Если действия третьего лица, которыми страхователю причинены убытки, выступают в качестве страхового случая, то у этого потерпевшего (страхователя по договору страхования) открываются две возможности возместить эти убытки: 1) за счет их непосредственного причинителя (лица, ответственного за убытки); 2) за счет страховщика путем получения страховой выплаты.

Например, гражданин застраховал от хищения принадлежащую ему автомашину, которая затем была похищена. В результате розыскных мероприятий, проведенных соответствующими органами, угонщик был обнаружен, но машину найти не удалось. В данной ситуации гражданин может либо требовать возмещения стоимости машины от угонщика, либо получить страховую выплату от страховщика.

Право выбора принадлежит самому потерпевшему, который определяет, что ему выгодней. Получить страховую выплату от страховщика, как правило, проще и быстрее. Поэтому потерпевший может воспользоваться своим правом застрахованного и возместить причиненный ему третьим лицом убыток путем получения страховой выплаты от страховщика. При этом у страховщика, который произвел страховую выплату, возникает право требования к непосредственному причинителю убытка.

Следует сказать, что ранее страховое законодательство использовало в этих целях институт регресса. **Отличие регресса от суброгации** заключается в том, что при регрессе, который означает собой обратное требование, наряду с обязательством, где в качестве кредитора выступает потерпевший, а в качестве должника - причинитель вреда (лицо, ответственное за убытки), возникает новое (дополнительное) обязательство, где кредитором выступает страховщик, возместивший убытки потерпевшему вместо их непосредственного причинителя, а должником - само лицо, ответственное за убытки.

При суброгации нового обязательства по возмещению убытков не возникает - просто в уже действующем обязательстве происходит замена кредитора, то есть потерпевший (а им является страхователь или выгодоприобретатель страхового правоотношения) передает страховщику свое право требования к причинителю убытков (лицу, ответственному за наступление страхового случая), и страховщик выступает как бы вместо потерпевшего.

Суброгация отличается от простой цессии тем, что переход права требования осуществляется не по сделке, а на основании закона.

Перемена кредитора в порядке суброгации происходит с момента производства страховой выплаты.

В порядке суброгации страховщик может взыскать с причинителя вреда только ту сумму, которую он сам выплатит страхователю. Поэтому, если страховщик своей страховой выплатой погасил лишь часть причиненного потерпевшему убытка, то по отношению к причинителю убытка будет существовать два права требования: первое - страховщика в размере произведенной страхователю страховой вы- 534 платы, второе - потерпевшего, в той

части причиненного вреда (убытка), которая не была покрыта страховой выплатой.

Например, стоимость имущества составляла 1 млн тенге. Оно было застраховано по системе пропорционального обеспечения на 40 %. В результате кражи, что представляло собой страховой случай, имущество утрачено полностью. Страховщик произвел застрахованному страховую выплату в размере 400 тысяч тенге. Страховщик вправе взыскать с причинителя вреда 400 тыс. тенге, потерпевший (страхователь в страховом правоотношении) - 600 тыс. тенге.

Механизм суброгации применяется только при имущественных видах страхования. При личном страховании страхователь вправе получить и страховую выплату от страховщика, и возмещение вреда от его причинителя в полном объеме.

Глава 50. Поручение

\По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия. По сделке, совершенной поверенным, права и обязанности возникают непосредственно у доверителя (п. 1 ст. 846 ГК).

Общие положения о представительстве. Договор поручения является одним из **способов оформления представительства**. Представительством является правоотношение, в силу которого сделки или другие юридически значимые действия (например, заявление иска в суд или участие в судебном заседании), совершенные одним лицом, именуемым представителем, от имени другого лица, именуемого представляемым, непосредственно создают, изменяют или прекращают для последнего гражданские права и обязанности (ст. 163 ГК).

Субъекты гражданского права имеют возможность участвовать в имущественном обороте самостоятельно, не прибегая к посредничеству других лиц. Но все же институт представительства широко применяется в гражданском обороте. Потребность в представительстве возникает, в частности, когда представляемый не может лично осуществить свои права и обязанности, в силу закона (когда личному участию препятствует отсутствие у него дееспособности) или конкретных жизненных обстоятельств (когда личное участие невозможно из-за болезни, занятости и т. д.). Существует ряд случаев, когда к услугам представителей прибегают для того, чтобы воспользоваться специальными знаниями, квалификацией или опытом представителя (например, представительство в суде и т. д.).

Представительство, являясь правоотношением, возникает **на основании следующих юридических фактов:**

1) сделки, устанавливающей отношения представительства, например, выдачи доверенности, заключения договора коммерческого представительства, заключения договора поручения, заключения трудового договора о приеме на работу в качестве экспедитора, продавца, кассира и т. д.;

2) события, с которым законодательство связывает наступление отношений по представительству, (например, рождение ребенка порождает у родителей право выполнять представительские функции);

3) решения суда (например, признание гражданина недееспособным ведет к установлению над ним опеки, вследствие чего воз- никаю^ отношения по

представительству недееспособного гражданина (по опекуном);

4) административного акта, порождающего отношения по представительству в силу законодательства (например, издание акта об образовании филиала или представительства и назначении его руководителя предполагает осуществление им функций представителя интересов юридического лица).

При характеристике представительства, как правило, выделяют **внутреннюю** и внешнюю сторону. К внутренней стороне представительства относятся отношения между представляемым и представителем, к внешней - реализацию представителем полномочий в отношениях с третьими лицами⁹⁶.

Содержательную сторону представительства обуславливают **полномочия**, которыми наделяется представитель. Полномочие представителя определяет круг сделок или юридически значимых правомерных действий, которые он вправе совершить для представляемого. Оно обязательно не только для представителя, но и для других лиц, с которыми он вступает в правоотношения от имени представляемого, так как представительство без полномочий или с превышением полномочий не могут породить юридических последствий, кроме случаев последующего их одобрения представляемым. Поэтому полномочия представителя должны быть закреплены способом, дающим возможность для ознакомления и проверки их третьими лицами.

Как правило, полномочия представителя и порядок их закрепления определяются исходя из содержания того юридического факта, на котором основано представительство.

При представительстве, которое основано на административном акте и при котором требуется выдача представителю доверенности, полномочия представителя указываются в этой доверенности.

При представительстве, основанном на событии, решении суда, полномочия представителя вытекают из закрепленных в законодательстве норм, в силу которых и возникает представительство. Например, при возникновении представительства из события рождения ребенка полномочия представителей - родителей вытекают из ст. 23 ГК, предусматривающей порядок совершения сделок несовершеннолетними в возрасте до 14 лет. При признании по решению суда гражданина недееспособным полномочия представителя вытекают из ст. 26 ГК, предусматривающей порядок совершения сделок недееспособным лицом.

⁹⁶ См. об этом, например: Гражданское право: Учебник // Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 2. Москва: Изд-во "Проспект", 1997. С. 548.

При возникновении представительства из сделки полномочия представителя закрепляются в ее условиях. Например, при представительстве по доверенности полномочия представителя должны быть закреплены в доверенности. Шрн договора поручения или коммерческого представительства полномочия представителя указываются или **в условиях договора, или в доверенности**, выдаваемой поверенному или коммерческому представителю по договору поручения или договору коммерческого представительства.

Полномочия также могут явствовать из обстановки, в которой поставлен представляемым его представитель, например, продавец за прилавком магазина, уполномоченный совершать сделки по розничной торговле, кассир в помещении кассы банка, уполномоченный принимать, выдавать или совершать денежные расчеты. В подобных случаях полномочия представителя не нуждаются в удостоверении их выдачей доверенности.

При представительстве возникают различные отношения между представителем, представляемым и третьим лицом, с которым у представляемого возникает правовая связь благодаря действиям представителя. Но все же необходимо признать, что представительством является правоотношение между представляемым и представителем. Отношения между представителем и третьим лицом является реализацией полномочий по представительству и не носят самостоятельного характера, так как в силу представительства сделки или другие юридически значимые правомерные действия (например, заявление иска в суд), совершенные на основании и в пределах предоставленных полномочий представителем от имени представляемого, непосредственно создают, изменяют и прекращают для последнего гражданские права и обязанности. Для третьего лица фигура представителя не имеет значения, так как третье лицо в отношениях с представителем непосредственно вступает в правоотношение с представляемым. И по сделке, совершенной представителем с третьим лицом, права и обязанности возникают непосредственно у представляемого.

В целях охраны интересов представляемого представителю запрещено совершать от имени представляемого сделки, на совершение которых он уполномочен доверенностью, в отношении себя лично или в отношении другого лица, если при совершении такой сделки он одновременно является представителем этого лица. Иное противоречило бы природе двух- или многосторонних сделок, так как обязательное согласование воли двух или более сторон подменялось бы волею одного лица - представителя. Поэтому сделки, совершенные представителем с нарушением запрета, предписанным п. 3 ст. 163 ГК, недействительны. Исключением из этого правила является коммерческое представительство, при котором допускается представление интересов разных сторон договора лицом, осуществляющим посредни- 538 чество как вид предпринимательской деятельности. Возможность такого рода исключения для коммерческих представителей обуславливается, с нашей точки зрения, тем, что представительство для коммерческого представителя является его предпринимательской деятельностью и для него как

предпринимателя предусмотрены более жесткие основания ответственности за нарушение обязательства по представительству.

Представительство предполагает совершение представителем сделок от имени представляемого лица. И поэтому никак не будет являться представительством любая деятельность лиц, осуществляемая хотя и в чужих интересах, но от собственного имени. Поэтому не будет посредничеством деятельность, например, доверительных управляющих, уполномоченных действовать от своего имени, либо комиссионера.

Не будет являться представительством и деятельность лиц, осуществляемая от имени и в интересах иного лица, но не порождающих для последнего гражданско-правовых последствий, так как представительство устанавливается для создания, изменения или прекращения гражданских прав и обязанностей для представляемого действиями представителя на основе предоставленных ему полномочий. Юридически значимые действия, как цель и результат отношений по представительству, является, с нашей точки зрения, той разграничительной чертой, отличающей сделки, устанавливающие представительство, от сделок по оказанию услуг, в которых цель и результат носят неправовой, фактический характер, например, предоставление информационных услуг, услуг связи и т. д. Так, не будет являться представительством деятельность коммерческих посредников, которым поручается содействие заключению сделок, а не совершение сделок или других юридических действий от имени иного лица, или деятельность лиц, которым поручается вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок, подписание протокола намерений, не являющегося гражданско-правовым договором.

Существуют сделки или иные юридически значимые действия, совершение которых через представителя запрещено законодательным актом либо их характер предполагает личное участие. Примером сделки, запрещенной для совершения через представителя, является составление завещания, требующего собственноручного подписания наследодателем. В случае, если завещатель в силу каких-либо причин не может подписать завещание собственноручно, то завещание может подписать в присутствии нотариуса или иного лица, удостоверяющего завещание, другой гражданин, так называемый "рукоприкладчик", с указанием причин, в силу которых завещатель не мог подписать завещание собственноручно. И в этом случае рукоприкладчик не является представителем завещателя по завещательной сделке, а является, скорее, лицом, свидетельствующим о волеизъявлении завещателя.

Ряд сделок или иных юридически значимых действий, например, заключение брака, заключение трудового договора, заключение договора на отчуждение дома с условием пожизненного содержания, которые хотя и не запрещены прямо в законодательных актах, но по своему характеру требуют личного участия, и поэтому их совершение через представителя невозможно.

Понятие договора поручения. Договор поручения является традиционным для правовой системы Республики Казахстан и наиболее распространенным основанием возникновения представительства из сделки^А Выдача доверенности при этом служит не основанием^А а подтверждением для третьего лица

наличия представительства. **Сторонами договора поручения**, соответственно, являются **доверитель и поверенный**. Договор поручения является соглашением этих лиц по установлению, изменению или прекращению определенных гражданских прав и обязанностей, то есть юридическим фактом, направленным на возникновение прав и обязанностей непосредственно у представляемого - доверителя. Соглашение сторон об установлении представительства является одной из главных особенностей, отличающей представительство, возникающее на основании договора поручения, от представительства, возникающего из иных юридических фактов, в том числе и иных сделок.

{Договор поручения является **консенсуальным, взаимным**. Вопрос возмездности решается по-разному, в зависимости от того, связано представительство с предпринимательской деятельностью или нет. Как правило, представительство, основанное на договоре поручения и не связанное с предпринимательской деятельностью, является **безвозмездным**, если только иное не предусмотрено соглашением сторон. В то же время в отношении представительства, основанного на договоре поручения и связанного с осуществлением предпринимательской деятельности одной или обеими сторонами договора, предусмотрена иная презумпция возмездности - оно предполагается **возмездным**, если иное не установлено соглашением сторон.

Договор поручения, по общему правилу, должен быть заключен в **простой письменной форме**. Несоблюдение письменной формы договора поручения влечет общие последствия несоблюдения простой письменной формы, предусмотренные ст. 153 ГК.

Отношения по представительству (представительские правоотношения) составляют сущность договора поручения, которая заключается в совершении поверенным юридических (юридически значимых) действий от имени доверителя и в возникновении прав и обязанностей непосредственно у доверителя.

Конструкция договора поручения характеризуется совершением поверенным действий по представительству за счет доверителя, что в свою очередь возлагает на доверителя обязанности по несению расходов, связанных с действиями поверенного по исполнению поручения.

Стороны договора поручения. Сторонами договора поручения как в качестве доверителя, так и в качестве поверенного могут выступать дееспособные лица - граждане или юридические лица. Гражданин или юридическое лицо вправе выступать в качестве доверителя или поверенного только в пределах имеющегося у них объема дееспособности, например, в пределах: ограниченной дееспособности отдельной категории лиц; специальной правоспособности государственных предприятий или некоммерческих юридических лиц; ограниченной сделкоспособности юридического лица, установленной законодательством или учредительными документами юридического лица.

Так, несовершеннолетние в возрасте с 14 до 18 лет могут быть доверителями без согласия их родителей или попечителей только в тех случаях, когда юридические действия, являющиеся предметом договора поручения, входят в объем их дееспособности. Например, они вправе выступать доверителями по

распоряжению своим заработком, стипендией, иными доходами и созданными ими объектами права интеллектуальной собственности, а также по совершению мелких бытовых сделок. Или, например, юридические лица, обладающие специальной правоспособностью (государственные предприятия, некоммерческие организации), вправе выступать поверенными только в случае, если это не противоречит предмету и целям их деятельности, закрепленных в учредительных документах.

При оформлении отношений по коммерческому представительству договором поручения в качестве поверенного вправе выступать только предприниматель - коммерческая организация или гражданин, являющийся индивидуальным предпринимателем¹. Это требование вытекает из определения коммерческого представительства (ст. 166 ГК), которое рассматривается в качестве самостоятельного вида предпринимательской деятельности. Некоммерческая организация, как правило, не может осуществлять коммерческое представительство и являться коммерческим представителем. Исключения из этого правила вытекают из норм ст. 34 ГК. Так, в соответствии с частью 2 п. 3 ст. 34 ГК, некоммерческая организация вправе заниматься предпринимательской деятельностью, если это соответствует ее уставным целям. Необходимо в связи с этим также отметить, что с учетом специальной (уставной) правоспособности некоммерческих организаций,

541

возможность занятия предпринимательской деятельностью должна быть предусмотрена учредительными документами. Следовательно, некоммерческая организация вправе осуществлять коммерческое представительство, если это соответствует ее уставным целям и такая деятельность предусмотрена учредительными документами.

Предмет договора поручения. Предметом договора поручения является оказание нематериальных услуг по представительству - своеобразный заказ на представительство, что вытекает из конструкции договора поручения. Представительство же предполагает совершение представителем **юридически значимых действий**, направленных на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей непосредственно у представляемого (доверителя).

В договоре поручения предмет конкретизируется в указаниях доверителя на совершение поверенным определенных действий, влекущих юридические последствия для доверителя (юридических действий).

Указания доверителя, как содержание договора, должны соответствовать требованиям, предъявляемым законодательством к содержанию сделок. Указания доверителя должны быть конкретными и направлены лишь на совершение поверенным правомерных юридических действий: волеизъявления доверителя должны формироваться свободно и быть адекватно выражены в его указаниях; указания доверителя могут касаться лишь совершения сделок, не противоречащих дееспособности поверенного, например, специальной правоспособности государственных предприятий или некоммерческих юридических лиц, ограниченной дееспособности несовершеннолетних с 14 до 18 лет и т. д.

Не будет являться договором поручения сделка, по которой одна сторона обязывается совершать

действия, не являющиеся юридическими, то есть действия, не влекущие возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей у доверителя. Например, если по договору одна сторона обязуется выполнить работу по заданию (поручению, что и означает задание) и за счет другой стороны, то это будет договором подряда. Если по договору одна сторона обязуется по заданию, от имени и за счет другой стороны провести переговоры по заключению сделки, провести рекламную кампанию, показ оборудования, то в этом случае будет иметь место договор по оказанию услуг, но не поручения.

Недействителен договор поручения, если указания доверителя направлены на достижение преступной цели, а также если он совершен с целью, противной основам правопорядка и нравственности, и в иных случаях, когда указания доверителя противоречат требованиям законодательства.

Недействителен договор поручения, в котором указания доверителя неосуществимы, так как в этом случае договор поручения совершается лишь для вида, без намерения вызвать юридические последствия.

К договору поручения применимы нормы, предусмотренные для притворных сделок, и если указания доверителя направлены на прикрытие другой сделки, то будут применяться правила, относящиеся к той сделке, которую имели в виду стороны.

Срок договора поручения. Нормы ГК не содержат особых положений о сроке действия договора поручения, что безусловно предполагает применение норм общих положений о действии договора и о сроке исполнения обязательства, а именно: норм ст. ст. 277, 386 ГК.

По общему правилу, срок действия договора поручения определяется соглашением сторон при заключении договора. Следовательно, сторонами может быть заключен бессрочный договор поручения.

Отсутствие условий о сроке действия в договоре поручения не влияет на его действительность, так как в этом случае должны применяться общие положения о действии договора и об исполнении обязательства.

Полномочия представителя. Для выполнения указаний доверителя поверенный наделяется определенными полномочиями. Полномочие представителя определяет круг сделок или юридически значимых правомерных действий, которые он вправе совершить для представляемого. Как часто отмечается в юридической литературе, полномочие есть мера возможного поведения представителя по отношению к третьим лицам, и именно в силу предоставленного полномочия представитель заключает с третьими лицами сделки и совершает другие юридические действия от имени и в интересах представляемого. Оно обязательно не только для представителя, но и для других лиц, с которыми он вступает в правоотношения от имени представляемого, так как представительство без полномочий или с превышением полномочий не могут порождать юридических последствий, кроме случаев последующего их одобрения представляемым (ст. ст. 165, 855—864 ГК). Поэтому полномочия представителя должны быть закреплены способами, дающими возможность для ознакомления и проверки этих полномочий третьими лицами.

¹ См., например: Гражданское право. Ч. 1. Санкт-Петербург: Изд-во "Теис", 1996. С. 231.

При возникновении представительства из договора поручения полномочия представителя закрепляются или в условиях договора, или в доверенности, выдаваемой поверенному по договору поручения. Вопрос оформления полномочий посредством закрепления в договоре поручения или в отдельно выдаваемой доверенности решается сторонами при заключении договора поручения.

Понятие "доверенность" имеет, по нашему мнению, двойное значение. При буквальном толковании ст. 165 ГК можно сделать вывод, что доверенностью являются полномочия, закрепленные в письменной форме, которыми доверитель наделяет поверенного, то есть доверенность и полномочия - тождественные понятия. В то же время доверенность является юридическим фактом - односторонней сделкой, из которой возникает представительское правоотношение. И если в договоре поручения содержатся полномочия поверенного на выполнение указаний доверителя, то выдавать отдельную доверенность нет необходимости. В то же время доверенность может быть выдана отдельно от договора поручения, так как договор поручения призван урегулировать внутренние отношения между доверителем и поверенным и может содержать условия, не предназначенные для разглашения третьим лицам. Доверенность должна выдаваться в обязательном порядке, если в договоре поручения не указаны полномочия поверенного по выполнению указаний доверителя.

Срок действия предоставленных полномочий как закрепленных в отдельно выдаваемой доверенности, так и закрепленных в договоре поручения, должен решаться в соответствии с общими нормами о представительстве, а именно, в соответствии со ст. 168 ГК. При этом срок доверенности (как письменного оформления полномочий), содержащейся в договоре поручения или выданной отдельно, не зависит от срока действия договора поручения, но не может быть больше срока действия договора поручения, и прекращение договора поручения автоматически влечет прекращение действия доверенности.

Обязанности поверенного. В круг обязанностей поверенного входит точное исполнение поручения доверителя в соответствии с его указаниями; личное исполнение поручения поверенным; сообщение по требованию доверителя всех сведений о ходе исполнения поручения; немедленный возврат по исполнении поручения доверенности, срок которой не истек; предоставление отчета о выполнении поручения, а в необходимых случаях - приложение к отчету оправдательных документов.

Основной обязанностью поверенного по договору поручения является исполнение данного ему поручения в соответствии с указаниями доверителя, являющимися своеобразным заказом на оказание посреднических услуг. Указания доверителя должны быть конкретными, правомерными и осуществимыми (п. 1 ст. 847 ГК).

Обязанность точного и неукоснительного исполнения указаний доверителя вытекает из сущности отношений по представительству и конструкции договора поручения, в соответствии с которыми поверенный действует не от своего имени и не за свой счет, а от имени и за счет доверителя.

Причем права и обязанности по совершенным поверенным юридическим действиям приобретает не поверенный, а доверитель, и деятельность поверенного по выполнению поручения приравнивается к деятельности самого доверителя. Поэтому все указания доверителя о содержании и порядке исполнения поручения обязательны для поверенного. В случае же отступления от указаний доверителя при исполнении поручения на поверенного возлагаются все неблагоприятные последствия, вызванные этим.

Одним из **исключений из правила о точном исполнении поручения** в соответствии с указаниями доверителя являются случаи, когда отступление от указаний доверителя необходимо именно в интересах самого доверителя, и поверенный не может получить **разрешение** доверителя об отступлении от данных им указаний или не получил его ответа на запрос об этом.

Второе исключение из правила о точном исполнении поручения в соответствии с указаниями доверителя предусмотрено законодательством для коммерческого представительства. При отношениях по коммерческому представительству поверенный может быть по соглашению сторон освобожден от исполнения обязанности о получении разрешения для отступления от указаний доверителя, а также от обязанности по немедленному извещению о произведенных отступлениях. Все указанные вопросы могут быть решены договором коммерческого представительства и иным образом. Например, в договоре коммерческого представительства может быть предусмотрено право коммерческого представителя самостоятельно принимать решения по отступлению от ряда указаний доверителя с последующим сообщением о таких отступлениях. Но в любом случае коммерческий представитель имеет право отступить от указаний доверителя только если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах доверителя.

Поверенный обязан, по общему правилу, лично исполнять данное ему поручение (подпункт 1 ст. 848 ГК).

В то же время поверенный вправе передать (передоверить) предоставленные ему полномочия другому лицу, именуемому заместителем, в случае, если передоверие предусмотрено договором (ст. 851 ГК). Договором может быть специально предусмотрено лицо, которому поверенный может передать исполнение поручения (поименованный заместитель).

В исключительных случаях поверенный вправе передать исполнение поручения заместителю, даже если договором такое право не предусмотрено, когда в силу сложившихся обстоятельств это продиктовано целями охраны интересов доверителя.

В случае передоверия полномочий поверенный обязан немедленно уведомить об этом доверителя, сообщив ему необходимые сведения о заместителе, например, о его местонахождении, о личностных и профессиональных качествах, способствующих выполнению им своих обязанностей, и т.п. В противном случае поверенный несет ответственность за все неблагоприятные последствия, вызванные неуведомлением об этом доверителя.

Сообщение о передоверии и сведения о заместителе необходимо для того, чтобы доверитель знал о передоверии, мог оценить личностные и

профессиональные качества заместителя поверенного, мог связаться с заместителем и, в случае, когда доверитель посчитает это необходимым, отменить передоверие, отклонить кандидатуру заместителя или иным способом решить вопрос о совершении действий, предусматриваемых договором поручения, например, лично совершить необходимые юридические действия.

Исключением из общего правила о праве доверителя отклонить кандидатуру заместителя является случай, когда договором предусмотрена возможность передачи исполнения поручения определенному лицу - поименованному в договоре заместителю. При этом поверенный не отвечает за ведение дел заместителем, так как выбор заместителя произведен по соглашению между доверителем и поверенным.

Если договором предусмотрена передача поверенным исполнения поручения заместителю, но заместитель в нем не поименован, то поверенный отвечает за выбор заместителя, но не отвечает за его действия. Так, если поверенный передоверил совершение юридических действий, требующих специальных знаний или профессиональных качеств, лицу, не обладающему необходимыми знаниями, квалификацией или иными качествами, и вследствие действий заместителя доверителю причинены убытки, то поверенный будет отвечать перед доверителем за ненадлежащий выбор заместителя. В случае же выбора поверенным в качестве заместителя лица, имеющего необходимые специальные качества и квалификацию, поверенный, как надлежаще исполнивший свои обязанности по подбору заместителя, непосредственно не несет ответственности за его действия.

Если договором не предусматривалась передача поверенным исполнения поручения третьему лицу, но в силу сложившихся обстоятельств в целях охраны интересов и при невозможности получить согласие на передоверие поверенный все же передал заместителю исполнение поручения, то в этом случае поверенный несет ответственность перед доверителем не только за выбор заместителя, но и за действия своего заместителя как за свои собственные.

Поверенный обязан по требованию доверителя **сообщать все сведения о ходе исполнения поручения** (подпункт 2 ст. 848 ГК), так как доверитель ведет через поверенного свои дела, приобретает права и обязанности, несет все расходы, связанные с совершением юридического действия поверенным, и т. п. (подпункт 3 ст. 848 ГК).

Поверенный **обязан передать доверителю без промедления все полученное по сделке**. Данная обязанность возникает, если по характеру поручения поверенный при совершении юридически значимых действий обязан получить деньги, вещи, документы и иные предметы. В силу отношений по представительству полученные поверенным деньги, вещи, документы и иные предметы принадлежат доверителю с момента вручения их поверенному. С этого момента на поверенного возлагается обязанность без промедления передать их доверителю, а доверитель в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения этой обязанности поверенным имеет право на истребование этого имущества и защиту вещных прав на него. Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанности по немедленной передаче полученного

при исполнении поручения является также основанием ответственности поверенного перед доверителем за убытки, возникшие в связи с этим.

Поверенный обязан по исполнению поручения без **промедления** **возвратить доверителю доверенность**, срок действия которой не истек (подпункт 4 ст. 848 ГК). Это вытекает из норм ст. ст. 170 (основания прекращения доверенности) и 171 (последствия прекращения доверенности) ГК.

По исполнению поручения поверенный обязан без **промедления представить отчет** (подпункт 4 ст. 848 ГК). В случае, когда характер поручения предполагает совершение большого количества разноплановых юридических действий, в том числе финансовых и бухгалтерских расчетов, а также когда характер поручения предполагает производство различных расходов представителем за счет доверителя, а также когда поверенным понесены определенные издержки в связи с выполнением поручения, которые также относятся за счет доверителя, поверенный обязан предоставить вместе с отчетом также и оправдательные документы, если это требуется по характеру поручения.

Обязанности доверителя. Из сущности поручения, в частности, предмета договора поручения, вытекает обязанность доверителя **без промедления принять** все исполненное поверенным им в соответствии с договором (п. 2 ст. 848 ГК). Нарушение доверителем этой обязанности является основанием ответственности доверителя по общим нормам гражданского законодательства об ответственности за просрочку кредитора (ст. 366 ГК). Как правило, необходимости принятия исполненного по договору поручения не имеется, когда поверенному поручается заключение сделок с третьими лицами.

В соответствии со ст. 849 ГК **основными обязанностями доверителя**, связанными с исполнением поручения поверенным, являются обеспечение поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения; возмещение поверенному понесенных расходов, которые были необходимы для исполнения поручения, и уплата вознаграждения поверенному, когда уплата вознаграждения предусмотрена законодательными актами, договором, а также при умолчании сторон о безвозмездности договора поручения, связанного с предпринимательской деятельностью (например, договор коммерческого представительства).

Представительство предполагает деятельность поверенного от имени и за счет доверителя. Поэтому доверитель обязан обеспечить поверенного всеми необходимыми средствами, необходимыми для исполнения поручения, например, выдать доверенность, когда это необходимо; предоставить всю необходимую проектно-сметную и иную необходимую документацию, когда поверенному поручается заключить договор продажи строения и т. д.

Доверитель также обязан возместить издержки поверенного, понесенные в связи с исполнением поручения. При определении издержек, подлежащих возмещению, необходимо исходить из их необходимости для выполнения поручения, то есть когда без таких издержек исполнение поручения невозможно. Все остальные издержки поверенного не могут подлежать возмещению, если только они не совершены с ведома и согласия доверителя.

Помимо возмещения издержек поверенного, доверитель обязан также уплатить поверенному вознаграждение по возмездному договору поручения, что связано с таким элементом договора, как цена.

Цена договора поручения не является, по общему правилу, существенным условием, так как в законодательстве содержатся нормы на случай отсутствия соглашения о ней. К тому же вопрос возмездности, как уже отмечалось, решается по разному, в зависимости от того, связано представительство с предпринимательской деятельностью или нет.

Размер вознаграждения, как правило, определяется соглашением сторон. В случае, если в возмездном договоре поручения не предусмотрен размер вознаграждения, то оно выплачивается в сумме, которая определяется с учетом обычно принятых расценок на подобные услуги при сравнимых обстоятельствах. Данное положение есть развитие норм, содержащихся в п. 3 ст. 385 ГК.

Уплата вознаграждения не зависит от того, достигнут или нет успех по исполнению поручения. Поверенный сохраняет право на вознаграждение по возмездному договору и в случае, если он надлежащим образом выполнил все требуемые действия, но поручение не было выполнено не по его вине. Только ненадлежащее исполнение или неисполнение условий договора поручения, в том числе и виновные действия, приведшие к неисполнению договора поручения, лишают поверенного права на получение вознаграждения.

Прекращение договора поручения. Договор поручения прекращается по общим основаниям прекращения обязательств, предусмотренным ст. ст. 367-377 ГК¹ по общим основаниям прекращения обязательств, договор поручения прекращается вследствие отмены поручения доверителем; отказа поверенного, а также смерти доверителя или поверенного, признания кого-либо из них недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим (п. 1 ст. 852 ГК). Данная норма конкретизирует и развивает ст. 376 ГК, предусматривающую прекращение обязательства смертью должника, если только исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника, а также прекращение обязательства смертью кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора.

Право отказа поверенного от исполнения поручения в любое время является безусловным. Однако по сравнению с представительством, возникающим на основании односторонней сделки - доверенности, при представительстве на основании договора поручения имеются особенности в последствиях отказа поверенного от исполнения поручения. Так, если поверенный отказался от исполнения поручения в условиях, когда доверитель лишен возможности заменить поверенного или иным образом обеспечить свои интересы, отказавшийся от исполнения поручения поверенный обязан возместить доверителю причиненные прекращением договора убытки.

Право доверителя на отмену поручения также является безусловным в силу норм п. 2 ст. 170 ГК, но имеются особенности в порядке отмены поручения поверенному, действующему в качестве

предпринимателя. Доверитель по договору поручения с поверенным- предпринимателем вправе прекратить поручение только уведомив об этом поверенного за один месяц, если более длительный срок не предусмотрен договором (п. 3 ст. 852 ГК).

Отмена доверителем поручения не ведет автоматически к прекращению договора поручения. На доверителе, в соответствии с общими нормами ст. 171 ГК, лежит обязанность известить поверенного, а также известных ему третьих лиц, для представительства перед которыми заключался договор поручения и выдавались представительские полномочия. Поэтому права и обязанности, возникшие в результате действий поверенного до того, как он узнал или должен был узнать о прекращении поручения, сохраняют силу для доверителя и его правопреемников в отношении третьих лиц. Это правило, в соответствии с общими положениями о представительстве, не применяется, если третье лицо знало или должно было знать, что действие поручения прекратилось.

Глава 51. Комиссия

По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени за счет комитента (п. 1 ст. 865 ГК).

Общие положения о комиссии. Договор комиссии является традиционным договорным институтом в гражданском праве. С экономической точки зрения комиссия является разновидностью оказания возмездных услуг. В то же время с правовой точки договор комиссии признается самостоятельным видом гражданско-правового договора и регулируется нормами ст. ст. 855-882 ГК. В соответствии с п. 2 ст. 683 ГК нормы о возмездном оказании услуг к комиссии не применяются.]

Договор комиссии является **одной из форм посредничества (посреднические услуги)** в экономическом смысле этого понятия. Посредничество возможно в различных формах. Разновидностью посредничества служит представительство, когда определенное лицо на основании полномочий, предоставленных доверенностью, выступает от имени другого лица при совершении сделок и иных юридически значимых действий. Возможно посредничество в виде коммерческого представительства, когда лицо⁴⁹⁰ при заключении сделки представляет обе ее стороны. Посредничество возможно и в случае, когда определенное лицо возмездно оказывает необходимые организационные услуги сторонам при заключении сделки, само непосредственно не участвуя в ней. Посредничество может проявляться также в форме, когда определенное лицо по поручению другого лица и за его счет **совершает** сделки от своего имени, но в пользу этого другого лица. К этому **виду** посредничества и относится обязательство, основанное на договоре комиссии.

[^]Договор комиссии является **двусторонним**, так как каждая сторона договора имеет определенные права и обязанности перед другой стороной. Сторонами договора комиссии являются комитент и комиссионер, в качестве которых могут выступать любые физические и юридические лица с учетом общих положений о правоспособности и дееспособности субъектов гражданского права._^

В связи с необходимостью заключения комиссионером сделки с третьим лицом зачастую при рассмотрении договора комиссии отмечают внешние отношения комиссии, складывающиеся между комиссионером и третьим лицом. Но эти отношения к обязательству по комиссии не относятся, поэтому они и являются внешними. Отношения комиссионера с третьим лицом при совершении сделок существенно

отличаются от отношений поверенного с третьими лицами договора поручения. В силу договора поручения отношения поверенного с третьими лицами неразрывно связаны с его отношениями с доверителем, так как все действия поверенного считаются действиями доверителя. Отношения же комиссионера с третьими лицами являются самостоятельными и отдельными от его отношений с комитентом, потому и являются внешними. Наличие внешних отношений не является специфической особенностью договора комиссии. По многим гражданско-правовым договорам можно отметить наличие внешних отношений. Так, к внешним относятся: по договору вещного поручительства - отношения между вещным поручителем и должником по обеспеченному залогом обязательству; по договору гарантии - отношения между гарантом и должником по гарантируемому обязательству; по договору розничной купли-продажи - отношения продавца и его собственных поставщиков, по договору поставки - отношения поставщика и перевозчика товара, по договору лизинга - отношения лизингодателя и продавца предмета лизинга и т. д. Внешние отношения, являясь безразличными для основного правоотношения, остаются самостоятельными отношениями, порождающими определенные права и обязанности их сторон.

[Отношения между комитентом и комиссионером носят лично-доверительный характер и личность комиссионера имеет существенное значение для комитента. В связи с существенным значением личности комиссионера для комитента: смерть комиссионера, признание его недееспособным, ограниченно дееспособным, безвестно отсутствующим или несостоятельным (банкротом), влечет прекращение договора комиссии⁴⁹²

Так как договор заключается между комитентом и комиссионером, то этот договор не создает для третьего лица каких-либо прав или обязанностей. Взаимоотношения между комиссионером и третьим лицом при заключении обусловленного договором комиссии сделки регулируются условиями соответствующей сделки и нормами законодательства о ней. Например, если договором комиссии предполагается приобретение комиссионером определенного товара у третьего лица, то взаимоотношения между комиссионером и третьим лицом регулируются договором купли-продажи и нормами законодательства о договоре купли-продажи.

Так как комиссионер совершает сделку с третьим лицом от своего имени, то, соответственно, он и приобретает по такой сделке права и становится по ней обязанным (ст. 867 ГК). Комиссионер должен совершить сделку, то есть исполнить все предусмотренные ею обязанности принять все обусловленные ею права, и передать комитенту

результат такой сделки - передать приобретенные по ней определенное имущество или определенные права. Положение о приобретении комиссионером прав и обязанностей по сделке с третьим лицом никак не меняется и в случае, если в сделке между комиссионером и третьим лицом имеется указание о ее совершении в силу договора комиссии, указание о комитенте или если комитент вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по сделке. В то же время, так как договор комиссионера с третьим лицом является самостоятельным договором, и в соответствии с какими-либо его существенными условиями предусмотрен определенный порядок участия в этом договоре комитента в качестве третьего лица, имеющего определенные права или обязанности, то в определенных таким договором случаях комитент может иметь какие-либо права или обязанности и по договору комиссионера с третьим лицом. Например, если комиссионер обязан заключить по поручению комитента с определенным лицом договор в пользу третьего лица, где третьим лицом будет являться сам комитент, то, соответственно этому, комитент может приобрести определенные права требования по совершенной комиссионером сделке.

Так как комиссионер заключает сделку с третьим лицом от своего имени, то в отличие от договора поручения в договоре комиссии нет необходимости в наделении комитентом комиссионера какими-либо специальными полномочиями для совершения сделки. В то же время правомочия комиссионера могут быть ограничены в комиссионном поручении. Например, в комиссионном поручении может быть оговорена предельная цена товара, приобретаемого комиссионером для комитента. В этом случае комиссионер не вправе заключать сделку с третьим лицом по цене, выше оговоренной в договоре комиссии.

Договор комиссии довольно распространенный в имущественном обороте как в предпринимательской деятельности, так и в бытовых отношениях. Причины обращения к этому договору могут быть различными и не имеют существенного значения для этого договора. Необходимость привлечения комитентом комиссионера может заключаться в экономических причинах, когда для удешевления расходов по совершению определенной сделки лицо обращается к специализированной организации, осуществляющей необходимые сделки в качестве своей предпринимательской деятельности. Например, лицо может обратиться для продажи собственного имущества в специализированную торговую организацию, осуществляющую продажу товаров на комиссионных началах. В ряде случаев для совершения сделки необходимы знания, навыки или определенная квалификация, не имеющиеся у лица, желающего совершить сделку, что обуславливает его обращение к третьим лицам, имеющим необходимые знания, навыки или необходимую квалификацию. Необходимость применения института комиссии может быть обусловлена требованиями законодательства, например, предусмотренными для продажи ограниченно оборотоспособного имущества, купля-продажа которого допускается только специализированными торговыми организациями, имеющими необходимую лицензию (торговля охотничьим оружием, изделиями из драгоценных металлов и драгоценных камней и т. д.). В ряде случаев лицо может быть не заинтересовано по различным причинам в огласке своего имени при

совершении определенной сделки, в то время как институт комиссии как раз является тем правовым инструментом, который предоставляет право комитенту совершать сделку, не участвуя в ней, через другое лицо, которое будет выступать стороной по этой сделке. Необходимость применения договора комиссии может быть обусловлена также просто нежеланием комитента обременять себя необходимыми для совершения сделки действиями, в том числе и неправового организационного характера, например, поиском продавца или покупателя определенного товара, поиском необходимого имущества, нежеланием оформления представительства и доверенности и т. д.

Договор комиссии широко применяется в торговой деятельности для приобретения или продажи различного рода товара и иного имущества - от ценных бумаг до товаров бытового назначения. В то же время применение договора комиссии не ограничивается исключительно торговлей. Необходимо отметить, что правовая конструкция договора комиссии разработана настолько абстрактно, что позволяет комитенту совершение через комиссионера иных видов сделок, как связанных, так и не связанных с передачей имущества. Безусловно, имеются определенные исключения по видам сделок, в отношении совершения которых невозможно заключение договора комиссии. В связи с тем, что комиссионер по договору комиссии должен передать комитенту приобретенное имущество, а комитент обязан принять на себя обязанности комиссионера перед третьим лицом, исключением для заключения договора комиссии являются сделки, по которым комиссионер не сможет передать комитенту приобретенное имущество, в том числе и приобретенные по такой сделке права (требования), а комитент не сможет принять на себя обязанности комиссионера перед третьим лицом. К таким относятся сделки, в которых личность стороны, в качестве которой выступает комиссионер, имеет существенное значение для другой стороны этого договора, либо если из существа обязательства, возникающего из договора комиссии, вытекает невозможность передачи третьим лицам прав на имущество или перемены лиц в обязательстве. При этом, безусловно, в зависимости от вида **сделки**, заключенной комиссионером в связи с поручением комитента будут иметь особенности исполнения комиссионером своих **обязанностей** по передаче комитенту полученного по такой сделке имущества и по приобретению комитентом прав на это имущество.

По своей сущности договор комиссии очень схож с договором поручения. Это обусловлено общей экономической сущностью - оказанием услуг посреднического характера. Основные отличия между ними заключаются в порядке совершения юридически значимых действий. Поверенный по договору поручения обязан совершать юридически значимые действия от имени доверителя, в то время как комиссионер совершает сделки, которые также относятся к юридически значимым действиям, от своего имени. Поверенный обязан совершать сделки лично и для назначения заместителя необходимо разрешение доверителя, в то время как комиссионер вправе перепоручать свои обязанности другому лицу на основании договора субкомиссии. По многим же иным положениям, например, по порядку исполнения

поручения, по требованиям законодательства к содержанию поручения и т. д., регулирование договора поручения и договора комиссии существенно не различается.

Новеллой правового регулирования договора комиссии, введенной с принятием Особенной части ГК, является возможность совершения комиссионером сделки на себя, при которой комиссионер при исполнении договора комиссии вправе сам выступить в качестве продавца поставляемого товара, который он должен купить для комитента, или в качестве покупателя товара, который он должен продать по поручению комитента. Сделка на себя по договору комиссии возможна, если комитент не обусловил иного (ст. 874 ГК). Например, в договоре может быть предусмотрен запрет на совершение комиссионером сделки на себя, либо ограничение на совершение части сделок, составляющих комиссионное поручение, на условиях сделки на себя, запрет на совершение сделки на себя определенного вида и т. д. При совершении комиссионером сделки на себя он имеет право на обычные комиссионные и может выставить счета по возмещению расходов, возникающих из комиссионных сделок.

Предмет и условия договора комиссии. ГК не содержит особой нормы, посвященной существенным условиям договора, признаваемым таковыми законодательством или необходимыми для данного вида договора. В этом случае для определения существенных условий необходимо применение общих норм о существенных условиях договора, предусмотренных ст. 393 ГК. В соответствии с указанными нормами существенным условием любого договора признается условие о его предмете⁴⁹

Предметом договора комиссии является оказание нематериальных услуг в виде совершения комиссионером от своего имени по поручению и за счет комитента определенной договором сделки. Предмет конкретизируется в поручении комитента, в котором указывается, в отношении совершения каких сделок заключается договор комиссии. При этом условие о совершении комиссионером сделки от своего имени, но по поручению и за счет комитента относится не к существенным условиям, а, в соответствии со ст. 382 ГК, к условиям, предписанным законодательством для договора комиссии. Никакого согласования сторонами этих условий при заключении договора комиссии не требуется. Поэтому условие, которое в соответствии с требованиями законодательства должно быть согласовано сторонами при определении предмета договора, является условие о содержании поручения комитента по совершению сделки - так называемого **комиссионного поручения**. Содержание комиссионного поручения должно позволять определить, какие сделки должен совершить комиссионер. Например, если в соответствии с комиссионным поручением комиссионер должен приобрести или продать определенный товар, то в этом случае, безусловно, речь идет о совершении договора купли-продажи. При определении комиссионного поручения стороны могут согласовать любые дополнительные условия, связанные с совершением сделки. Например, условиями договора комиссии может быть оговорена цена, по которой комиссионер должен приобрести или продать определенный товар.

Комиссионное поручение как содержание договора должно соответствовать всем требованиям, предъявляемым законодательством к содержанию сделок. Поручения комитента должны быть конкретными и направлены лишь на совершение комиссионером правомерных сделок. Комиссионер в свою очередь вправе принять на себя обязанности по совершению только тех сделок, совершение которых не противоречит его дееспособности, например, специальной правоспособности государственных предприятий или некоммерческих юридических лиц, ограниченной дееспособности несовершеннолетних с 14 до 18 лет и т. д.

Не будет являться договором комиссии сделка, по которой одна сторона обязывается совершать действия, не являющиеся юридическими, то есть не направленные на совершение сделки. Например, если по договору одна сторона обязуется выполнить работу по заданию (поручению, что и означает задание) и за счет другой стороны, то это будет договором подряда. Если по договору одна сторона обязуется по заданию, от имени и за счет другой стороны провести переговоры по заключению сделки, провести рекламную кампанию, показ оборудования, то в этом случае будет иметь место договор по оказанию услуг, но не комиссии.

Договор комиссии может быть признан недействительным, если комиссионное поручение направлено на достижение преступной цели, а также если договор совершен с целью, противной основам правопорядка и нравственности, а также в иных случаях, когда комиссионное поручение противоречит требованиям законодательства.

Договор комиссии может быть признан недействительным, если комиссионное поручение неосуществимо, так как в этом случае договор комиссии совершается лишь для вида, без намерения вызвать юридические последствия.

Нормы законодательства о договоре комиссии не содержат особых положений о сроке его действия, что, безусловно, предполагает применение норм общих положений о действии договора и о сроке исполнения обязательства, а именно: норм ст. ст. 277, 386 ГК. По общему правилу, срок действия договора комиссии определяется соглашением сторон при заключении договора. Отсутствие условий о сроке действия в договоре комиссии не влияет на его действительность, так как в этом случае должны применяться общие положения о действии договора и об исполнении обязательства.

Договор комиссии должен быть заключен в письменной форме (п. 2 ст. 865 ГК). В законодательстве не содержится особых последствий несоблюдения письменной формы договора комиссии. Поэтому несоблюдение такой формы влечет общие последствия несоблюдения простой письменной формы, предусмотренные ст. 153 ГК: несоблюдение простой письменной формы не влечет недействительности договора, но лишает стороны права в случае спора подтвердить его совершение, содержание или исполнение свидетельскими показаниями.

Договор комиссии является консенсуальным договором. Права и обязанности сторон возникают с момента заключения договора.

Договор комиссии является возмездным договором. В отличие от договора поручения, возмездность договора комиссии не связана с какими-то

дополнительными критериями отнесения договора к предпринимательским или непредпринимательским либо определения какого-либо субъекта договора в качестве предпринимателя.¹ Условие о возмездное™ также относится к условиям, предписанный законодательством для договора комиссии. Комитент обязан уплатить комиссионеру вознаграждение даже при умолчании о нем в договоре. В этом случае обязанность об уплате вознаграждения возникает в силу предписанного законодательством условия о возмездности данного вида договора.

Отсутствие в договоре условия о **размере вознаграждения** никак не влияет на действительность договора комиссии, ибо это - условие о цене возмездного договора. В свою очередь цена возмездного договора в соответствии с п. 3 ст. 385 ГК не относится к существенным условиям договора и в указанной норме содержится порядок ее определения по цене, обычно взимаемой при сравнимых обстоятельствах в момент заключения договора за аналогичные товары, работы и услуги. Поэтому при отсутствии в договоре комиссии условия о размере вознаграждения, он должен определяться как вознаграждение, обычно уплачиваемое комиссионеру при сравнимых обстоятельствах в момент заключения договора по аналогичным договорам комиссии.

Комиссионер имеет право на получение вознаграждения при неисполнении договора комиссии, если неисполнение произошло по причинам, зависящим от комитента (ст. 866 ГК). При этом не имеет значения причина неисполнения - отказ от договора, виновное или безвиновное нарушение его условий, банкротство комитента и т. д. Главный критерий сохранения права комиссионера на получение вознаграждения при неисполнении договора заключается в зависимости причины неисполнения от комитента. Комиссионер не сохраняет право на вознаграждение при неисполнении договора, если причина неисполнения зависит от самого комиссионера или третьих лиц. Условие о праве комиссионера на получение вознаграждения при неисполнении договора по причинам, зависящим от комитента, сформулировано императивно и не допускает его изменения или исключения по соглашению сторон.

Обязанности и ответственность комиссионера. В круг **обязанностей комиссионера** входит совершение определенной договором сделки в соответствии с указаниями комитента, передача комитенту исполненного по договору комиссии, передача по требованию комитента прав по совершаемой сделке. Комиссионер также несет ответственность за выбор своего контрагента по совершаемой в соответствии с договором комиссии сделке, за утрату недостачу или повреждение имущества комитента.

Основной обязанностью комиссионера, как и поверенного по договору поручения, является **исполнение данного ему комиссионного поручения в соответствии с указаниями комитента**, являющимся своеобразным заказом на оказание посреднических услуг в виде совершения определенной сделки. Указания комитента должны быть конкретными, правомерными и осуществимыми. При отсутствии в договоре комиссии конкретных указаний комитента о порядке совершения сделки комиссионер обязан исполнить

комиссионное поручение в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями на наиболее выгодных для комитента условиях (п. п. 1, 2 ст. 868 ГК). Отступление от указаний комитента при совершении сделки с третьим лицом либо совершение сделки в нарушение обычаев делового оборота, или иных, обычно предъявляемых требований к договору комиссии является основанием ответственности комиссионера за нарушение обязанностей по договору комиссии.

Обязанность точного и неукоснительного исполнения указаний комитента вытекает из сущности отношений по комиссии. Сделка совершается по поручению и за счет комитента и за вознаграждение. Причем, хотя права и обязанности по совершенным комиссионером сделкам приобретает он сам, но он обязан в любое время по требованию комитента передать ему эти права. К тому же одной из основных обязанностей комиссионера является передача всего исполненного по совершенной им сделке комитенту. Поэтому все указания комитента о содержании и порядке исполнения комиссионного поручения обязательны для комиссионера, как и указания доверителя для поверенного по договору поручения. Комиссионер обязан получить предварительное согласие комитента на любое отступление от его указаний по совершению определенной сделки. В случае же отступления от указаний комитента без его согласия на комиссионера возлагаются все вызванные этим неблагоприятные последствия.

Одним из исключений из правила о точном исполнении комиссионного поручения в соответствии с указаниями комитента являются случаи, когда отступление от указаний необходимо в интересах комитента, и комиссионер не мог предварительно запросить комитента либо не получил своевременного ответа на свой запрос (п. 1 ст. 870 ГК). Так, если комиссионер в нарушение указаний комитента продаст имущество по цене ниже согласованной с комитентом, то он обязан возместить последнему разницу между согласованной в договоре ценой и ценой, за которую было продано им имущество. Возложение на комиссионера обязанности по возмещению указанной разницы является мерой ответственности комиссионера за нарушение условий договора комиссии в виде возмещения убытков комитента. В то же время комиссионер освобождается от ответственности за продажу имущества по цене ниже согласованной в договоре комиссии, если докажет, что он не имел возможности получить предварительное согласие комитента на отступление от его указаний и у него не было возможности продать имущество по согласованной цене, а продажа имущества по более низкой цене предупредила большие убытки (п. 2 ст. 870 ГК).

В то же время нормы законодательства о договоре комиссии предусматривают иной порядок ответственности комиссионера при приобретении комиссионером имущества по цене выше согласованной. В этом случае комиссионер несет ответственность за отступление от указаний комитента только если последний, не желающий принять такую покупку, заявит об этом комиссионеру незамедлительно по получении извещения о заключении сделки с третьим лицом. В противном случае покупка признается принятой комитентом.

В случае же, когда комиссионер при приобретении имущества по цене выше согласованной принимает

разницу в цене на свой счет, комитент не вправе отказаться от заключенной для него сделки (п. 3 ст. 870 ГК). При принятии комиссионером разницы на себя договор комиссии считается надлежаще исполненным и комитент обязан уплатить вознаграждение комиссионеру в соответствии с условиями договора.

Не требуется, по общему правилу, согласия комитента на отступление от его указаний, если такие отступления ведут к совершению комиссионером сделки на более выгодных для комитента условиях. Например, не требуется согласия комитента для продажи имущества по более высокой или покупке имущества по более низкой цене, чем согласованная. Если комиссионер совершил сделку на более выгодных условиях, чем указанные комитентом, то выгода делится между сторонами поровну, если только договором комиссии не предусмотрен иной порядок распределения такой выгоды (п. 2 ст. 868 ГК). Например, договором может быть установлен отказ комитента от своей доли прибыли сверх оговоренной цены в пользу комиссионера или иного лица, установлены иные пропорции распределения превышения установленной цены, передача полученной прибыли комитенту и т. д.

^Комиссионер должен выполнить все обязанности и осуществить все права, вытекающие из сделки, заключенной им с третьим лицом (п. 1 ст. 868 ГК)^ По совершении сделки комиссионер обязан передать комитенту все полученное по ней. Так как комиссионер совершает сделку за вознаграждение по поручению и за счет комитента, то и все имущество, поступившее комиссионеру от комитента либо приобретенное комиссионером за счет комитента, является собственностью комиссионера. В случаях, когда в результате совершения сделки комиссионер приобретает для комитента имущество в виде прав требования, то комитент может требовать перевода этих прав на себя по совершении комитентом сделки с третьим лицом.

Одной из обязанностей комиссионера является **передача по требованию комитента прав по совершаемой сделке.** До совершения сделки комитент вправе потребовать от комиссионера передачи прав по ней, а комиссионер в этом случае обязан осуществить такую передачу с учетом общих требований о перемене лиц в обязательстве. При передаче прав комиссионер обязан уведомить об этом третье лицо, с которым совершается сделка. При передаче прав по сделке третье лицо не вправе выдвигать против требований комитента - нового кредитора возражения, основанные на своих требованиях к комиссионеру, не вытекающих из данной сделки (п. 2 ст. 867 ГК). Передача комиссионером каких-либо обязанностей по заключенной им с третьим лицом сделке должна соответствовать общим требованиям, предусмотренным законодательством о переводе долга.

Комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, совершенной с ним за счет комитента (п. 3 ст. 868 ГК). В случае нарушения третьим лицом сделки, совершенной с ним комиссионером, комиссионер обязан немедленно сообщить об этом комитенту, собрать и обеспечить необходимые обязательства. Ответственность комиссионера возможна, по общему правилу, за неисполнение своей обязанности по уведомлению комитента о нарушении третьим лицом сделки, а

также за нарушения обязанности за сбор и обеспечение доказательств о нарушении.

В то же время комиссионер может быть привлечен к ответственности за неисполнение третьим лицом сделки, совершенной с ним за счет комитента, если комитент докажет, что комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица, с которым заключил обусловленную договором комиссии сделку. Квалификационные признаки для привлечения к ответственности комиссионера в виде "проявления необходимой осмотрительности" предполагают наличие вины в действиях комиссионера, как необходимое условие его ответственности. При этом для ответственности комиссионера в этом случае достаточно неосторожной формы вины.

Комиссионер также отвечает за неисполнение третьим лицом сделки, совершенной за счет комитента, в случаях принятия на себя ручательства за исполнение сделки (делькредере) (п. 3 ст. 868 ГК). Как правило, принятие комиссионером на себя такого ручательства обуславливает выплату ему специального вознаграждения за это, условие о котором должно содержаться в договоре комиссии.

Комиссионер отвечает перед комитентом за всякое упущение, повлекшее утрату, недостачу или повреждение находящегося у него имущества комитента (п. 1 ст. 873 ГК). Если при приеме комиссионером имущества, присланного комитентом либо поступившего к комиссионеру для комитента, в этом имуществе окажутся повреждения или иные недостатки, которые могут быть замечены при наружном

осмотре, комиссионер обязан немедленно известить об этом комитента. В случае причинения третьими лицами ущерба имуществу комитента находящегося у комиссионера, последний также обязан принять меры к охране прав комитента, собрать необходимые доказательства и обо всем незамедлительно известить комитента. Выполнение указанных обязанностей освобождает комиссионера от ответственности по возмещению убытков комитента в связи с утратой, недостачей или повреждением имущества. Нарушение комиссионера обязанностей по извещению комитента об обнаруженных повреждениях его имущества либо о причинении ему ущерба третьими лицами а также непринятие необходимых в этих случаях мер по охране прав комитента и сбору доказательств будет, напротив, основанием ответственности комиссионера по возмещению убытков комитента (п. 2 ст. 873 ГК).

Комиссионер несет ответственность за утрату, недостачу или повреждение имущества комитента при нарушении обязанностей по страхованию находящегося у него имущества комитента, если такая обязанность застраховать имущество предусмотрена договором комиссии или страхование этого имущества обязательно в силу закона (п. 3 ст. 873 ГК).

Порядок исполнения комиссионного поручения. Комиссионер не обязан, по общему диспозитивному правилу, лично исполнять комиссионное поручение. Если иное не предусмотрено договором комиссии, комиссионер вправе заключить с другим лицом **договор** суО- **комиссии** оставаясь ответственным за действия субкомиссионера перед комитентом (п. 1 ст. 869 **ТК**). Безусловно, условия договора субкомиссии в общем должны соответствовать условиям договора комиссии. Договором комиссии может быть исключена возможность заключения договора субкомиссии или установлена необходимость получения разрешения комитента на это. Но при умолчании об этом в договоре комиссии комиссионер вправе самостоятельно заключать договоры субкомиссии. В ряде случаев в договоре комиссии может быть прямо предусмотрена обязанность комиссионера заключить договор субкомиссии для совершения каких-то отдельных или всех предусмотренных договором сделок. Такое возможно, например, когда правоспособность комиссионера не позволяет совершать сделки, предусмотренные договором комиссии, и обязанностью комиссионера будет являться поиск необходимого лица, уполномоченного на совершение необходимых сделок (например, профессиональный участник на рынке ценных бумаг), и заключение сделки через это лицо на условиях договора субкомиссии.

По договору субкомиссии комиссионер сам выступает в роли комитента в отношении субкомиссионера. Правовое регулирование договора субкомиссии аналогично регулированию договора комиссии, за некоторыми исключениями и особенностями. Комиссионер, как комитент по договору субкомиссии, не вправе требовать от субкомиссионера передачи прав по совершаемой им сделке. Комиссионер вправе лишь требовать передачи всего исполненного по совершаемой сделке (п. 1 ст. 869 ГК).

Комитент не вправе вступать в непосредственные отношения с субкомиссионером если иное не

предусмотрено договором комитента с комиссионером (п. 2 ст. 869 ГК). Это правило вытекает из того, что комитент не является стороной договора субкомиссии. Комитент вправе предъявлять свои требования к комиссионеру, который в свою очередь их предъявляет к субкомиссионеру.

Обязанности комитента. Основными обязанностями комитента по договору комиссии является принятие от комиссионера исполненного по договору комиссии, выплата вознаграждения и возмещение расходов по исполнению комиссионного поручения.

Из сущности договора комиссии вытекает обязанность комитента принять от комиссионера все исполненное по договору (ст. 875 ГК). Эта обязанность возникает только в случае надлежащего исполнения комиссионером своих обязанностей по договору. При нарушении комиссионером условий договора комиссии результат совершенной им сделки не может считаться исполненным по договору комиссии. В этом случае комитент вправе не принимать от комиссионера исполненное по договору, а при наличии необходимых оснований - призвать комиссионера к ответственности за нарушение условий договора комиссии. Нарушение комитентом обязанности по принятию исполненного по договору комиссии является основанием его ответственности по общим нормам гражданского законодательства об ответственности за просрочку кредитора. Исполненное по договору комиссии может иметь форму вещей (денег, ценных бумаг, определенного товара) или иного имущества (имущественных прав требования).

Если исполненное по договору заключается в передаче имущества, приобретенного для комитента комиссионером, то комитент при принятии имущества должен осмотреть его и известить комиссионера без промедления обо всех обнаруженных в этом имуществе недостатках. Нарушение этих обязанностей по выявлению недостатков имущества при приеме от комиссионера всего исполненного по совершенной им сделке и немедленному извещению о недостатках в имуществе освобождает комиссионера от ответственности за утрату, недостачу или порчу имущества комитента.

Если при приеме комитентом от комиссионера исполненного им по договору комиссионер наделен перед третьими лицами какими-либо обязательствами, принятыми им на себя перед третьими лицами по исполнению комиссионного поручения, то комитент должен освободить комиссионера от этих обязательств, в том числе и приняв их на себя. Например, если комиссионер по комиссионному поручению приобрел имущество, обремененное залоговыми правами третьих лиц то при принятии имущества комитент принимает на себя и все обязанности, связанные с обременением. Или если, например, во исполнение комиссионного поручения комиссионер заключил сделку, по которой он приобрел не только права, но и обязанности (договор аренды, по которому у арендатора имеются определенные обязанности по надлежащему содержанию арендуемого имущества, договор подряда, по которому даже после полного его исполнения сохраняются некоторые обязанности, связанные со сроком заявления претензий при обнаружении недостатков в течении гарантийного срока, и т.д.) то при приеме всего исполненного по договору комиссии комитент обязан принять эти обязанности на себя, освободив от них ко-

ми Друго^{ей}Р^аосновной обязанностью комитента по Договору комиссии является **уплата вознаграждения комиссионеру** (ст. 866 ГК). В случаях когда комиссионер совершил сделку на более выгодных условиях чем указанных в договоре, комиссионер обязан уплатить также дополнительное вознаграждение в размере половины дополнительно полученной прибыли в его имуществе, если иное не предусмотрено договором. Договором может быть предусмотрено исключение выплаты дополнительного вознаграждения при совершении комиссионером сделки на более выгодных условиях или может быть установлен иной порядок определения размера дополнительного вознаграждения иные пропорции распределения дополнительной прибыли в имуществе комитента между сторонами договора. Договором комиссии могут быть установлены и иные дополнительные виды **вознаграждения** например, за принятие комиссионером на себя ручательства ^и исполнение сделки (делькредере). Комитент в этих случаях также обязан выплатить комиссионеру в порядке, предусмотренном договором иные дополнительные виды вознаграждения.

Комитент также обязан, помимо выплаты предусмотренного договором вознаграждения, **возместить расходы комиссионера по исполнению комиссионного поручения**. При определении издержек комиссионера, подлежащих возмещению, необходимо исходить из условий договора, которым могут быть предусмотрены виды расходов размеры возмещения, или их необходимость для выполнения комиссионного поручения. Все остальные издержки комиссионера не могут подлежать возмещению, если они не совершены с ведома и согласия комитента. При возмещении издержек комиссионера не подлежат, по общему правилу, возмещению расходы комиссионера по хранению находящегося у него имущества комитента, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное.

Общее правило об отказе в возмещении расходов комиссионера по хранению находящегося у него имущества комитента основывается на том, что хранение является неотъемлемой частью исполнения комиссионного поручения, ⁵⁰³ по которому комиссионер обязан совершить сделку, предпринимать в отношении полученного по сделке все необходимые меры для его сохранности и передать все полученное по сделке комитенту. В то же время, если комиссионер по условиям комиссионного поручения должен передать полученное имущество на хранение третьему лицу или если он для обеспечения сохранности имущества будет вынужден обратиться к третьему лицу, то комитент обязан возместить издержки комиссионера по хранению имущества у третьего лица.

С обязанностями комитента по выплате вознаграждения и возмещению издержек комиссионера связано такое условие договора, как обеспечение исполнения этих обязательств. Нормами законодательства о договоре статья 872 ГК предусматривает такой способ обеспечения исполнения указанных обязательств комитента как **удержание имущества** комиссионером. Комиссионер вправе удержать имущество,

подлежащее передаче комитенту или третьему лицу по заключенной комиссионером сделке, до выплаты причитающихся ему по договору комиссии денежных сумм - сумм вознаграждения, возмещения расходов, понесенных в связи с совершением сделки, и т. д. Комиссионер также вправе удерживать причитающиеся ему по договору комиссии денежные суммы из любых денежных сумм, поступивших к нему за счет комитента, например, поступивших от третьих лиц в связи с продажей имущества комитента; поступивших от комиссионера для приобретения имущества от третьих лиц и т. д. Императивность изложения в законодательстве права удержания исключает возможность отказа от него по соглашению сторон.

^Прекращение договора комиссии. Действие договора комиссии прекращается по общим основаниям прекращения обязательств, предусмотренным ст. ст. 367-377 ГК. Так, договор комиссии прекращается в связи с исполнением комиссионером надлежащим образом комиссионного поручения, предоставлением отступного, новацией и т. д. В то же время ГК предусматривает некоторые особенности прекращения обязательства, вытекающего из договора комиссии.

В частности, обязательство, вытекающее из договора комиссии, может быть прекращено в любое время в связи с отменой поручения комитентом (ст. 877 ГК). Безусловно, если в договоре комиссии предусмотрено несколько поручений, то отмена одного или части поручений не влечет к прекращению договора, так как обязательство комиссионера полностью не прекращается. Отмена поручения не освобождает комитента от ответственности по возмещению убытков комиссионера, возникших в связи с такой отменой. Возмещение убытков комиссионера, вызванных отменой комитентом комиссионного поручения, производится на общих основаниях в полном объеме. При расчете убытков комиссионера должны учитываться упущенная выгода в виде недополученного вознаграждения и произведенные им на момент отмены фактические расходы по исполнению отмененного поручения.

При отмене комиссионного поручения комитент обязан в месячный срок распорядиться находящимся у комиссионера имуществом, если договором не установлен иной срок для этого случая. При просрочке комитентом исполнения своей обязанности по распоряжению указанным имуществом, комиссионер вправе сдать имущество комитента на хранение либо продать его по возможно более выгодной для комитента цене. При продаже имущества комитента комиссионер обязан вернуть выручку комитенту. Такой возврат производится по общим правилам исполнения денежного обязательства. При возврате выручки комиссионер вправе воспользоваться своим правом на удержание причитающегося ему вознаграждения из имущества комитента.

Комиссионер не вправе, если иное не предусмотрено договором, отказаться от исполнения принятого поручения, если право отказа не предусмотрено договором. Отказ комиссионера от исполнения комиссионного поручения является случаем отказа от исполнения договора (отказа от договора), так как исполнение комиссионного поручения составляет предмет договора и является обязанностью комиссионера по нему. Отказ

комиссионера от исполнения комиссионного поручения влечет прекращение договора.

Статья 878 ГК предусматривает право отказа комиссионера от исполнения комиссионного поручения в случае невозможности его исполнения вследствие обстоятельств, за которые комиссионер не отвечает. Данное право является развитием общих положений законодательства, предусмотренных п. 2 ст. 404 и ст. 374 ГК, о праве на отказ от договора в случае невозможности исполнения обязательства, основанного на договоре.

Комиссионер вправе отказаться от исполнения комиссионного поручения (а значит, и от исполнения договора), когда нарушение комитентом своих обязанностей влечет за собой невозможность исполнения поручения в соответствии с указаниями комитента или невозможность исполнения возникает вследствие обстоятельств, за которые комиссионер не отвечает.

О своем отказе от исполнения поручения комиссионер должен письменно известить комитента. При отказе от исполнения договора в связи с невозможностью исполнения обязательства не должно применяться правило о заблаговременном предупреждении контрагента об отказе от договора за месяц. Поэтому, с момента заявления комиссионером отказа от исполнения договора комиссии в связи с невозможностью исполнения обязательства, основанного на договоре комиссии, договор считается прекращенным. Помимо письменного извещения комитента, комиссионер, если у него находится имущество комитента, должен принять меры к сохранности этого имущества.

Комитент, извещенный об отказе комиссионера от исполнения комиссионного поручения, обязан распорядиться находящимся у комиссионера имуществом в порядке и в сроки, аналогичные предусмотренному для случая отмены комиссионного поручения (в месячный срок).

Комиссионер сохраняет право на вознаграждение и возмещение понесенных расходов в случае своего отказа от исполнения комиссионного поручения в связи с нарушением комитентом своих обязанностей.

Договор комиссии также прекращается вследствие смерти комиссионера, признания его недееспособным, ограниченно дееспособным, ⁵⁰⁵ безвестно отсутствующим или несостоятельным (банкротом) (п. 2 ст. 879 ГК). Данная норма конкретизирует и развивает нормы п. 1 ст. 376 ГК, предусматривающей прекращение обязательства смертью должника, если только исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Данная норма установлена в связи с признанием существенного значения личности должника для исполнения договора комиссии. По договору комиссии комитент обращается к конкретному лицу, к которому у комитента должно быть доверие, за оказанием услуги по заключению сделки с третьим лицом. Смерть, признание недееспособным, ограниченно дееспособным, безвестно отсутствующим или несостоятельностью (банкротство) комиссионера требует в каждом случае решения сложного вопроса о возможности возложения обязанностей комиссионера на его правопреемников. Поэтому законодатель пошел по пути признания лично доверительного характера отношений между комитентом и комиссионером и

признания существенного значения личности
комиссионера для исполнения договора комиссии.

В диаметрально противоположном порядке решается вопрос в случае **смерти комитента, признания его недееспособным, ограничено дееспособным, безвестно отсутствующим или ликвидации юридического лица-комитента**. В этих случаях комиссионер обязан продолжить исполнение данного ему комиссионного поручения до тех пор, пока от наследников или представителей комитента не поступят надлежащие указания о продолжении действия договора или отмене поручения[^]

Не влечет прекращения договора комиссии и случай **реорганизации юридического лица-комиссионера**, при которой права и обязанности комиссионера переходят к правопреемнику, если в течение месяца со дня получения извещения о состоявшейся реорганизации комитент не сообщит о расторжении договора (ст. 882 ГК).

Договор комиссии может быть изменен или расторгнут, а также сторона по договору вправе отказаться от договора по общим основаниям изменения или расторжения договора, а также отказа от договора. Законодательство о договоре комиссии предусматривает некоторые нормы об отказе от договора комиссии, заключенного без указания срока действия, развивающие общие нормы об отказе от договора. Стороны договора комиссии вправе в любое время отказаться от договора, заключенного без указания срока, уведомив другую сторону об отказе не позднее, чем за один месяц, если более продолжительный срок уведомления не предусмотрен договором. При отказе от договора комиссии какой-либо стороны комиссионер сохраняет право на получение вознаграждения и возмещение понесенных расходов, причитающихся на момент прекращения договора (ст. ст. 880 - 881 ГК).

Глава 52. Доверительное управление имуществом

§1. История появления института доверительного управления имуществом

Институт **доверительного управления имуществом** существует только в некоторых странах СНГ. К ним относятся по состоянию законодательства на 2001 год помимо Казахстана Российская Федерация, Кыргызская Республика, Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Туркменистан и Республика Узбекистан. Появление данного института имело место в ГК в упомянутых государствах в разное время в период с 1995 по 1999 годы. Основа этого института взята из Модельного Гражданского кодекса, рекомендованного в 1995 году Межпарламентской Ассамблеей СНГ для принятия странами СНГ. Обоснованием является регламентация отношений, не урегулированных договорами комиссии и поручения. Побудительным мотивом - неудачная попытка внедрения доверительной собственности (trust) при реформировании законодательства постсоветских республик.

Доверительное управление имуществом является **разновидностью управления чужим имуществом**. По типу это **один из видов договора услуг**. В юридической литературе нет единства во мнении, что является предметом института доверительного

управления имуществом. Одни авторы считают, что основу предмета составляют доверительные отношения⁹⁷, другие - не признают за отношениями доверительного управления характера доверительности⁹⁸, третьи акцентируют внимание не на доверительности, а на защите "слабой" стороны в правоотношении⁹⁹. При рассмотрении данного вопроса с точки зрения управления чужим имуществом мы можем увидеть в мировой истории права богатый опыт регулирования аналогичных отношений в самых разных областях человеческой деятельности.

Отношения по управлению имуществом лицами, не являющимися собственниками такого имущества, возникли еще задолго до нашей эры. Уже в Древнем Египте нашли распространение отношения по распоряжению наследством, опеке над собственностью малолетних принцев и принцесс, представлению интересов третьих лиц по доверенности. Так, имуществом фараонов и их детей управляли жрецы древнеегипетских храмов, приближенные монархов.

В древнеримском праве существовал институт "**fiducia**" (доверие) - начальная неразвитая форма залогового права или точнее то, из чего оно развилось. Везде в древнейшее время потребность залога удовлетворялась тем, что вещь, предназначенная служить обеспечением долга, передавалась кредитору тотчас же при самом заключении обязательства и притом в полную собственность лишь с личным обязательством кредитора вернуть ее по уплате долга. При такой форме реального обеспечения, очевидно, ни о каком залоговом праве в юридическом смысле не может быть и речи: кредитор получает не залоговое право на вещь, а настоящее право собственности, которым он даже немедленно может распорядиться по своему произволу; в случае позднейшей готовности должника уплатить долг кредитор подлежит только личной, обязательственной ответственности перед должником. Вследствие этого подобная форма, гарантируя в полной мере интересы кредитора, совершенно не гарантировала интересов должника; она отдавала последнего на полный произвол первого и потому могла быть терпима в жизни лишь до тех пор, пока реальный кредит был явлением редким,

⁹⁷ См.: *Жанайдаров И. У.* Проблемы реализации права государственной собственности. Алматы: Казахстан, 1994. С. 188-192; *Чубаров В. В.* Доверительное управление имуществом // В кн.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй // Под ред. О. Н. Садикова. М., 1996. С. 586; *Беневоленская З. Э.* Проблемы правового регулирования доверительного управления имуществом в сфере предпринимательства. Дисс. ... к.ю.н. Санкт-Петербург, 1997. С. 7-8, 12, 25, 34-35; *Тулеев А. С.* Право доверительного управления имуществом. Алматы, 1998. С. 32-33, 42-43, 64; *Кротов М. В.* Сделки // В кн.: Гражданское право: Учебник. Ч. 1. Издание третье, переработанное и дополненное // Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М.: ПРОСПЕКТ, 1998. С. 236.

⁹⁸ См.: *Суханов Е. А.* Посреднические и кредитно-финансовые сделки в новом Гражданском кодексе РФ. М., 1996. С. 33; *Михеева Л. Ю.* Доверительное управление имуществом. М.: Юрист, 1999. С. 77, 80.

⁹⁹ См.: *Жанайдарова С. Ю.* Предмет института доверительного управления имуществом // В кн.: Вещные и обязательственные права в законодательстве Республики Казахстан. Алматы: КазГЮА, 2000. С. 163-165.

случайным¹⁰⁰. Доверие здесь имело место к так называемому залогодержателю по поводу сохранности заложенной вещи в натуре.

Позднее в римском праве "доверенность" связывается с терминами "фидуция", "фидуциарные отношения". Например, правоотношения хранения в исторических, временных рамках до оформления их договором поклажи (depositum), являющегося реальным договором, оформлялись таким образом: вещь передавалась тому, кто должен был хранить ее - на праве собственности, с обязанностью (основанной на fides, на доверии, на честности) вернуть после известного срока эту вещь обратно. Также одна из ранних идей права доверительного управления в римском праве связана с разделением прав на одну и ту же вещь (например, при суперфиции и эмфитевзисе).

Дальнейшее свое развитие доверительные отношения нашли в англо-американской системе права в виде **института доверительной собственности**. То есть упомянутая идея была использована англоамериканской системой права для объяснения одновременного существования прав нескольких иерархических слоев общества на один и тот же участок земли [от собственника земли-короля (суверена) до крестьянина, реально обрабатывавшего землю]. Назывались такие права в разные времена по разному. На начальном этапе использовался термин "use". Позднее речь стала идти о **трасте ("trust")**. Исторически в англо-американском праве траст использовался для обхода существовавших, как предполагалось, несправедливых законов и признавался только так называемым "правом справедливости". Запрет на наследование земельных участков и приобретение их в собственность монастырями, наложенный светской властью, встретил сопротивление со стороны церкви, которая всячески поощряла введение траста. Например, воины, отправляясь на войну, оставляли свои земельные участки доверенным лицам, которые управляли ими в интересах жен и несовершеннолетних детей воинов - слабой стороны, поскольку в средневековом праве они не могли быть собственниками земли. При этом доверенное лицо признавалось собственником по праву справедливости и поэтому оно могло защищать земельный участок от посягательств всех третьих лиц. Историко-правовая сущность доверительной собственности заключалась в том, что правовая защита слабой стороны в доверительных отношениях строилась на основе права справедливости, восполнявшего пробелы общего права в англосаксонской системе права.

С другой стороны, городские общины покупали земли на свое имя и назначали выгодоприобретателями монастыри и другие церковные структуры. Таким образом, потомки и церковь, не имея возможности по общему праву быть собственниками земли юридически, становились таковыми фактически легально по праву справедливости.

Постепенно объект траста расширился с земли на иную недвижимость и классические движимые вещи, а затем на ценные бумаги, денежные средства и

¹⁰⁰ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 1998. С. 213.
570

имущественные права в невещественном виде. Произошло это во многом благодаря бурному развитию рынка в Америке. Передача в траст ценных бумаг (в основном, акций) позволила в конце XIX века быстро монополизировать капитал. Траст стал синонимом монополии, а негативное влияние монополий на рынок в свою очередь вызвало появление антитрастового (антимонопольного) законодательства, транскрибированного в русском языке как "антитрестовское".

В 20-х годах XX столетия в Советском Союзе термином трест обозначали юридическое лицо, в которое входила группа самостоятельных предприятий. Сущностной связи советского треста с англоамериканским трастом в отечественном законодательстве по сути не прослеживалось. Возможно лишь предположение, что государство, объясняя правосубъектность своих предприятий, передавало в доверительную собственность или доверительное управление свое имущество предприятиям для использования по назначению в интересах всего населения. С конца 20-х годов ужесточение монополизма государственной собственности на долгое время в принципе закрыло путь такому разделению прав на одно и то же имущество, которое могло привести к мысли о том, что кто-то еще, кроме государства, может быть, хотя бы гипотетически, признан собственником государственного имущества. Лишь сравнительно недавно (в 70-е - 80-е годы) трестами, отдавая дань историческим фетишам монополизма, стали называть строительные объединения, включавшие в себя несколько юридических лиц.

Право доверительного управления существует на сегодняшний день только в некоторых ранее названных странах, образовавшихся в результате распада Советского Союза. Континентальная школа права, за пределами упомянутых стран, не использует ни термин "траст", ни термин "доверительное управление имуществом". Подобные отношения в этих странах регулируются исходя из принципа "свободы договора".

Появление института доверительного управления имуществом связано, наряду с другими причинами, с непокрытием договором комиссии всего диапазона доверительных отношений. В соответствии с договором комиссии "одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) совершить за вознаграждение одну или несколько сделок от своего имени за счет комитента" (ч.1 ст. 399 ГК). За пределами договора комиссии остаются: 1) задание по совершению неопределенного числа сделок; 2) совершение юридических действий, не относящихся к разряду сделок; 3) совершение неюридических действий; 4) совершение любых действий безвозмездно¹⁰¹.

Отечественной науке на сегодняшний день не удалось исчерпывающе ответить, для чего нужен институт доверительного управления имуществом и почему недостаточно руководствоваться лишь принципом свободы договора. Принцип свободы договора для собственника позволяет воспроизводить в любой вариации все правовые конструкции без их прямого

¹⁰¹ Жанаидаров И. У. Идеи права доверительной собственности (траста) в практике и законодательстве Республики Казахстан // Известия НАН РК. Сер. общ. наук. 1995. № 1. С. 22.

закрепления в законе. Причем, если для популяризации в товарном обороте их законодательное закрепление будет иметь стимулирующее значение, то для определения прав сторон императивные установления скорее будут подавлять использование данной формы. Применение же диспозитивных норм для регулирования доверительных отношений не будет иметь существенного правового значения, поскольку все возможные варианты покрываются принципом свободы договора. Однако, бесспорно, что доверительное управление имуществом покрывает случаи, не охваченные договорами поручения и комиссии, этот аргумент понятен и правоприменительной практике, и на обиходном уровне.

Институт доверительного управления имуществом не соответствует категории траста в англосаксонской системе права, поскольку там признается наличие двух собственников одновременно. В целом, континентальная западноевропейская система права после некоторых колебаний не восприняла ни институт траста, ни доверительного управления. В последнем принятом в Европе Гражданском кодексе - Гражданском кодексе Нидерландов - ранее предполагавшаяся глава "Доверительное управление имуществом" зарезервирована (то есть "заморожена") под предлогом нарушения стройности и возможности нормального функционирования институтов собственности, залога и ответственности.

Общим между трастом и доверительным управлением имуществом является то, что собственник передает кому-либо имущество для использования его в интересах третьего лица. Но траст и доверительное управление имеют между собой принципиальное отличие. В трасте имущество передается в собственность доверительному собственнику. Одновременно это имущество принадлежит на праве собственности, в зависимости от особенностей национального законодательства и от того как составлен договор, первоначальному собственнику (учредителю траста) или выгодоприобретателю (бенефициарию).

Существуют концепции траста и не противоречащие пониманию права собственности в континентальной системе права. Так, в соответствии с Гражданским кодексом Квебека траст предполагает только одного собственника. До передачи имущества доверительному собственнику собственником является учредитель траста. С момента передачи - доверительный собственник. А при передаче его в той или иной форме выгодоприобретателю - выгодоприобретатель. ^

Континентальная система права не признает "расщепления" собственности. С ее позиций собственность - абсолютная, ограниченная только законом власть собственника над имуществом. Поэтому республики СНГ не восприняли концепции траста, а ввели доверительное управление имуществом, при котором собственником остается учредитель доверительного управления. Традиции такого института заложены еще в русском дореволюционном праве и ближе всего корреспондируют управлению поместьями управляющими.

Поэтому следует понимать, что использование на территории Республики Казахстан терминов "траст", "трастовая сделка" и "трастовая фирма" неправомерно, не распознаваемо нашим правом и,

соответственно, не влечет никаких правовых последствий. При столкновении в деловой документации с такими терминами надо смотреть глубже - в какой организационно-правовой форме зарегистрировано юридическое лицо и какую сделку, известную нашему законодательству, имели стороны в виду при ее заключении.

В соответствии с казахстанской концепцией право собственности бессрочно (п. 5 ст. 188 ГК). Принцип бессрочности означает то, что право собственности не может возникать под условием его временности а значит и нельзя быть собственником на время. В основном по этой причине казахстанское законодательство не восприняло ни действовавшую ранее российскую концепцию срочного траста, ни классическую **англо-американскую**. В период с 1993 года и до принятия Общей части Гражданского кодекса Российской Федерации на территории Российской Федерации действовал Указ Президента О доверительной собственности (трасте)". В соответствии с п. 3 данного Указа "при учреждении траста учредитель передает имущество и имущественные права, принадлежащие ему в силу права собственности на определенный срок (выделено нами - И. Ж., С. Ж.) доверительному собственнику, а доверительный собственник обязан осуществлять право собственности на доверенное ему имущество исключительно в интересах бенефициария в соответствии с настоящим Указом, договором об учреждении траста, а также законодательством Российской Федерации". Два момента в этой конструкции слабы. Помимо срочности доверительной собственности, это - наличие двух собственников на одно и то же имущество. В то же время признание утраты собственности учредителем и бессрочность договора, возможно, открывают путь для обсуждения конструкции доверительной собственности¹⁰². Как уже упоминалось выше, такая модель существует, например, в Канаде в провинции Квебек. Сначала учредитель уступает свою собственность доверительному собственнику, сам переставая быть собственником. Затем доверительный собственник утрачивает право собственности в момент ее передачи выгодоприобретателю. Конечно, право доверительной собственности имеет существенные особенности. Основное отличие от обычного традиционного понимания права собственности - действие доверительным собственником по своему усмотрению только в пределах, оговоренных учредителем траста. Жизнь предоставляет нам факты использования подобной конструкции. Например, классической иллюстрацией можно считать образование благотворительного фонда, которому имущество дается под условием в интересах выгодоприобретателей, но в собственность и безвозвратно. Признание описанной формы означало бы появление нового вещного права. Однако, признание права собственности без формулы "по своему усмотрению" зависит от занятой позиции. И, естественно, авторы, считающие оборот "по своему усмотрению" обязательным элементом права

¹⁰² Об этом подробнее см. *Жанайдаров И. У.* Идеи права доверительной собственности (траста) в практике и законодательстве Республики Казахстан // Известия НАН РК. Сер. общ. наук. 1995. № 1. С. 21-27.

собственности, не согласятся с данным гипотетическим предположением.

§ 2. Общие положения о доверительном управлении имуществом

Понятие доверительного управления имуществом. Доверительное управление имуществом - один из институтов обязательственного права. **"При учреждении доверительного управления имуществом доверительный управляющий обязуется осуществлять от своего имени управление переданным в его владение, пользование и распоряжение имуществом, если иное не предусмотрено договором или законодательными актами, в интересах выгодоприобретателя"** (п. 1 ст. 883). По общему правилу, доверительное управление осуществляется **от имени доверительного управляющего**, но не обязательно. Договором может быть предусмотрено выступление доверительного управляющего от имени собственника имущества. Законодательными актами может быть предусмотрено выступление доверительного управляющего от имени собственника имущества, выгодоприобретателя или любого третьего лица (например, государства, административно-территориальной единицы, государственного предприятия).

Выступление доверительного управляющего в гражданском обороте от собственного имени напоминает договор комиссии, а от имени собственника - договор поручения и представительство. Однако, связь эта кажущаяся, поскольку право доверительного управления по содержанию шире. Если договоры комиссии и поручения заключаются для совершения комиссионером (поверенным) определенных юридических действий, то в доверительном управлении, во-первых, не обязательно речь может идти о юридических действиях (например, при передаче имущества на сохранение до достижения совершеннолетия), во-вторых, управляющему ставится обычно общая цель (например, максимизация прибыли), а он уже действует по своему усмотрению. В то же время по содержанию доверительное управление имуществом в каких-то конкретных случаях может совпасть с договорами комиссии и поручения. ^{513'}

По общему правилу, имущество передается доверительному управляющему во **владение, пользование и распоряжение**. Однако, передача всех трех правомочий собственником совсем не обязательна. Возможно делегирование одного или двух правомочий. Причем, возможно их то или иное ограничение. Так, если доверительному управляющему по решению органа опеки и попечения передают дом несовершеннолетнего в управление до достижения его совершеннолетия, то естественно правом распоряжения управляющий не наделяется. Или при передаче зерна доверительному управляющему для реализации не предполагается передача ему права пользования. Таким образом, термин "управление" в доверительном управлении предполагает оговоренный договором или законодательным актом набор правомочий собственника и не является одноуровневым с самими правомочиями.

Доверительное управление учреждается **в интересах выгодоприобретателя**.

Выгодоприобретатель может получить имущество или иные блага от доверительного управляющего сразу или по частям, по наступлении события, в зависимости от результатов хозяйственной деятельности доверительного управляющего или в зависимости от иных факторов. Выгодоприобретатель назначается учредителем доверительного управления или определяется в соответствии с законодательными актами. Учредитель будет также являться выгодоприобретателем при неуказании в договоре выгодоприобретателя, если иное не предусмотрено законодательными актами. Учредитель или закон могут предусмотреть неопределенный круг выгодоприобретателей. Например, при установлении доверительного управления в пользу лиц, плодотворно занимающихся научными изысканиями в какой-либо области.

Наиболее часто доверительное управление имуществом возникает из **сделки**. Любые два субъекта гражданского права могут заключить между собой договор доверительного управления. Такой способ возникновения правоотношений наиболее распространен. Нередка ситуация возникновения рассматриваемых правоотношений из **односторонней сделки**. Например, в завещании может быть назначен исполнитель завещания (доверительный управляющий).

Доверительное управление учреждается также на основании **решения суда** или **административного акта** (п. 2 ст. 883 ГК).

По решению суда доверительное управление может возникнуть при банкротстве, установлении опеки над имуществом недееспособного, безвестно отсутствующего или объявленного умершим гражданина и в других случаях, предусмотренных законодательными актами.

Следует обратить внимание, что доверительное управление может возникнуть как при **банкротстве**, так и при **ликвидации** юридического лица. Однако, его следует в данных случаях отличать от представительства. Если ликвидацию или какую-либо процедуру банкротства проводит орган ликвидируемого юридического лица или юридического лица, объявленного банкротом, то мы имеем налицо представительство. Практически субъект не меняется и отношения доверительного управления не возникают. Органу такого юридического лица делегируются полномочия по управлению балансовым имуществом. Если же ликвидация осуществляется принудительно по решению суда и ее проведение предоставлено третьему лицу, то в такой ситуации отношения возможно и желательно оформлять договором доверительного управления имуществом.

Аналогична ситуация и в банкротстве. Внешнее управление банкротом при реабилитационной процедуре вполне возможно оформить договором доверительного управления имуществом. Отношения с конкурсным управляющим также могут быть оформлены как договор доверительного управления, если конкурсный управляющий не является физическим лицом-служащим юридического лица-банкрота. При оформлении договора доверительного управления объектом может выступать предприятие как имущественный комплекс в целом. Понятие и состав такого имущественного комплекса определены в ст. 119 ГК.

На основании **административного акта** доверительное управление учреждается при

установлении опеки над имуществом несовершеннолетнего, умершего; при поступлении предпринимателя на государственную службу и в других случаях, предусмотренных законодательными актами. В отношении управления имуществом ограниченно дееспособного гражданина или бесхозяйного имущества органы опеки и попечительства могут установить режим доверительного управления, но могут избрать для этого и иные правовые средства. Однако первый вариант предпочтительнее.

Договорное и недоговорное (основанное на законе) учреждение доверительного управления по правовому режиму близки. Особенности недоговорного учреждения доверительного управления имуществом определяются законодательством. Нормы о договоре доверительного управления имуществом распространяются на отношения, возникающие по иным основаниям установления доверительного управления имуществом, если иное не вытекает из законодательных актов или существа возникших отношений.

Учредителем доверительного управления на основании сделки, по общему правилу, является собственник. В отношении государственного имущества им может выступить предприятие на праве хозяйственного ведения с учетом ст. 200 ГК, казенное предприятие или учреждение с разрешения компетентного органа государства, а также государство в лице уполномоченного на то государственного органа. Государство может быть представлено, например, Министерством финансов, которое через Комитет государственного имущества и приватизации передает государственные предприятия и пакеты акций в доверительное управление частным лицам.

Наряду с собственниками и государственными юридическими лицами учредителями доверительного управления могут выступать частные лица-носители вещного права, которые не являются собственниками. В качестве примера можно упомянуть частных землепользователей (а в некоторых случаях и недропользователей), которые могут передавать в доверительное управление право землепользования (недропользования), если иное не предусмотрено законом или договором.

Доверительным управляющим может быть любое лицо, если иное не предусмотрено законодательными актами (ч. 1 п. 2 ст. 884). Конечно же, физическое лицо должно быть дееспособным, а юридическое лицо не ограничено специальной правоспособностью. Такой режим распространяется на иностранные лица и лица без гражданства. Кроме перечисленных лиц, доверительным управляющим может быть государство или административно-территориальная единица в лице уполномоченного ими органа. Законодательные акты могут предусмотреть дополнительные требования к управляющим. Перспективным видится создание специализированных государственных предприятий по доверительному управлению имуществом реабилитируемых предприятий, бесхозяйным имуществом, наследственной массой, имуществом несовершеннолетних, ценными бумагами пенсионеров и некоторыми другими видами имущества.

По общему правилу, назначение, доверительным управляющим может быть произведено только с его согласия (ч. 2 п. 2 ст. 884 ГК). Однако, если

доверительным управляющим является специализированное юридическое лицо, для которого это управление чужим имуществом является основным видом предпринимательской-деятельности и которое сделало публичную оферту (предложение вступить в сделку), либо лицо, обязанное принимать имущество в доверительное управление в соответствии с законодательным актом, согласия доверительного управляющего на его назначение не требуется.

Объектом доверительного управления может быть любое имущество, если иное не предусмотрено законодательными актами (п. 1 ст. 885 ГК). Имущество должно пониматься в смысле п. 2 ст. 115 ГК. К имущественным благам и правам (имуществу) относятся: вещи, деньги, в том числе иностранная валюта, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, имущественные права и другое имущество. При этом следует иметь в виду, что вещами являются не все осязаемые предметы материального мира, а лишь те, которые представляют для учредителя доверительного управления какую-либо социально-экономическую ценность.

В отношении объектов — индивидуально-определенных вещей у доверительного управляющего возникают вещные права. Это значит, что его права дополнительно регулируются нормами Раздела 2 ГК "Право собственности и иные вещные права". К вещам в данном смысле относятся осязаемые вещи и вещи-символы. Классическим примером вещи-символа является ценная бумага. Но следует иметь в виду, что вещное право существует лишь на сам бумажный носитель ценной бумаги. То есть ее, например, возможно истребовать из чужого незаконного владения. Право же из бумаги (например, права акционера из акции) является обязательственным и к нему нельзя применить нормы Раздела 2 ГК. Неосязаемые вещи (например, электроэнергия) и наличные деньги являются вещами особого рода, поэтому применение к ним общих положений о собственности и иных вещных правах не должно противоречить особой природе упомянутых вещей. Одна из важных с точки зрения правового статуса норм Общей части ГК регулирующих вещные права, воспроизведена с некоторыми изменениями в п. 3 ст. 888 ГК: Доверительный управляющий имеет право истребовать вверенное ему имущество из чужого незаконного владения, а также требовать устранения нарушения его права на управление, хотя бы эти нарушения не были связаны с нарушением

"доверительное управление может быть передано **обремененное имущество**. Предупреждение доверительного управляющего об обременениях со стороны учредителя обязательно. Передача заложенного имущества в доверительное управление не лишает залогодержателя права обратиться взыскание на это имущество. В данном случае кредиторы имеют не только приоритет, но и монополию на обращение взыскания. Монополию на обращение взыскания может нарушить только расторжение договора доверительного управления и начало

судебной процедуры банкротства учредителя доверительного управления.

Имущество, передаваемое в доверительное управление, **может изменяться** в рамках определенных условий управления **количественно и качественно**. Изменение количества и качества доверенного имущества обуславливается тем заданием, которое получил доверительный управляющий от учредителя доверительного управления. Контроль за изменением состава имущества осуществляют учредитель доверительного управления и выгодоприобретатель или их представители. Имущество, приобретенное и (или) полученное доверительным управляющим в процессе осуществления возложенных на него обязанностей, включается в состав доверенного имущества.

Доверенное имущество подлежит учету доверительным управляющим отдельно от имущества, принадлежащего ему на праве собственности (хозяйственного ведения, оперативного управления) (п. / ст 885 ГК) Для юридических лиц это правило означает, что данное имущество отражается за их балансом и не является "своим". Соответственно на него не может быть обращено взыскание по обязательствам доверительного управляющего, не связанным с доверительным управлением, и это имущество не может быть включено в их конкурсную массу в случае банкротства доверительного управляющего.

Банки имеющие лицензию на трастовые операции, обязаны открывать учредителю доверительного управления имуществом отдельный (специальный) расчетный счет. На этот счет должны зачисляться его денежные средства, переданные для совершения трастовых операций. Пенсионные фонды и инвестиционные организации также могут быть доверительными управляющими денежных средств. Они обязаны в кредитной организации открыть отдельный (специальный) расчетный счет для обеспечения обособленного хранения денежных средств клиентов. Иные юридические лица, являющиеся доверительными управляющими, обязаны следовать этому порядку при наличии одновременно двух условий: если деньги безналичные и иное не предусмотрено договором. В отношении наличных денег, а также случаев, когда доверительным управляющим является физическое лицо, способ обособления денег оговаривается в договоре, а при отсутствии договоренности - по усмотрению доверительного управляющего. Однако, в случае спора принадлежность денег доверительного управляющего учредителю презюмируется.

Доверенное имущество не является "своим" имуществом для доверительного управляющего. Поэтому если доверительный управляющий является должником по обязательным платежам в бюджет, не связанным с доверенным имуществом, то в отношении доверенного имущества не может быть вынесено ограничение в распоряжении имуществом в соответствии со ст. ст. 45, 48 Налогового кодекса. Соответственно на данное имущество не может быть обращено взыскание по долгам перед бюджетом в соответствии со ст. ст. 49, 53-54 Налогового кодекса. Однако следует иметь в виду, что плательщиком налогов на доверенное имущество по согласованию с собственником может быть доверительный

управляющий (ст. 352 Налогового кодекса). Платежи осуществляются за счет учредителя доверительного управления, если в акте об учреждении доверительного управления или в законодательстве не оговорено иное.

По общему правилу, обращение взыскания по долгам учредителя на имущество, переданное им в доверительное управление, не допускается. Одно из исключений составляют случаи несостоятельности (банкротства) учредителя доверительного управления - юридического лица (кроме казенного предприятия и учреждения) и индивидуального предпринимателя. При банкротстве упомянутых учредителей доверительное управление имуществом несостоятельного должника прекращается, и оно включается в конкурсную массу (п. 4 ст. 885 ГК).

Передача заложенного имущества в доверительное управление не лишает залогодержателя права обратиться взыскание на это имущество (п. 5 ст. 885 ГК).

Важный момент в определении соотношения прав собственника и доверительного управляющего - распределение рисков случайной гибели. Здесь действует общее правило, что риск случайной гибели имущества лежит на собственнике. Однако договором или законодательными актами может быть предусмотрено иное. Более сложен случай, когда в доверительное управление поступает обезличенное имущество. Факт его отдельного учета доверительным управляющим не имеет определяющего значения, поскольку фактически оно может содержаться вместе с однородным имуществом доверительного управляющего. В таких случаях собственник несет риск случайной гибели пропорционально его доле в однородном имуществе, находящемся у доверительного управляющего. Если же такое доверенное имущество хранилось отдельно, то риск случайной гибели полностью лежит на собственнике, если иное не предусмотрено договором или законодательными актами.

§ 3. Договор доверительного управления имуществом

По договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель доверительного управления) передает другой стороне (доверенному управляющему) имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществить управление этим имуществом в интересах указанного учредителем лица (выгодоприобретателя) (п. 1 ст. 886 ГК).

Договор доверительного управления является взаимным. В соответствии с формулой п. 1 ст. 886 ГК он является реальным договором и вступает в силу с момента передачи имущества в доверительное управление, а при передаче в управление недвижимого имущества с - момента государственной регистрации договора. Договор, как правило, возмездный, но он может быть и безвозмездным.

В п. 2 ст. 886 ГК сформулированы существенные условия договора, без наличия которых он может быть признан недействительным по иску одной из сторон. Договор доверительного управления имуществом должен предусматривать:

- 1) предмет и срок договора;
- 2) состав имущества, передаваемого в доверительное управление;
- 3) указание о выгодоприобретателе;

4) сроки и форму отчетности доверительного управляющего;

5) указание на лицо, получающее доверенное имущество в случае прекращения договора доверительного управления имуществом.

Предметом договора доверительного управления имуществом является совершение доверительным управляющим любых действий, какие мог бы совершить собственник с доверенным имуществом с целью надлежащего управления им.

Состав имущества предполагает включение в договор или приложение к нему перечня передаваемого имущества, со степенью детализации, достаточной для индивидуализации имущества и его обособления от имущества доверительного управляющего.

Указание о выгодоприобретателе необходимо для установления получателя имущественных благ от реализации договора. По общему правилу, выгодоприобретателем может быть любое лицо. Кроме того, выгодоприобретателем может быть государство в целом либо административно-территориальная единица. Не может быть выгодоприобретателем только доверительный управляющий. Законодательными актами могут быть установлены дополнительные ограничения к фигуре выгодоприобретателя.

Определение выгодоприобретателя осуществляется указанием его индивидуальных данных (например, фамилии, имени, отчества для физических лиц или фирменного наименования - для юридических лиц). Однако, допустимо указание родовых признаков. Например, выгодоприобретателями могут быть обозначены в договоре все ученики, обучающиеся в определенной школе в определенный промежуток времени. Пределы родовых признаков ограничены возможностью индивидуализации определенного субъекта. Введение элемента публичности (то есть выгоды для всех без исключения) исключает понятие выгодоприобретателя в рамках гражданско-правового института доверительного управления имуществом. Другими словами, круг выгодоприобретателей должен быть выделен из массы третьих лиц, но никак не отождествлен с нею.

В условиях Республики Казахстан логичным будет предположить, что наиболее распространенной структурой договора доверительного управления будет ситуация, при которой учредитель⁵¹⁹ будет назначать выгодоприобретателем себя. П. 4 ст. 884 ГК закладывает идею, по которой, если в договоре сознательно или случайно не указан выгодоприобретатель, то таковым считается учредитель. Законодательными актами для отдельных случаев может быть предусмотрено и другое правило.

Обязательным условием договора является указание **на сроки и форму отчетности** доверительного управляющего. Срок может быть выражен календарной датой, может быть связан с событием как датой или точкой отсчета для даты отчета или выражен иным способом, понятным для обеих договаривающихся сторон. Форма отчетности может быть устной, письменной или даже конклюдентной, то есть совершенной посредством каких-либо действий. Примером последней может служить, допустим, факт ежемесячного фиксированного отчисления денежных средств доверительным управляющим выгодоприобретателю за счет чистого дохода от ценных бумаг, переданных в доверительное управление без права отчуждения.

Форма письменного отчета также регламентируется соглашением сторон. Особой формой письменного отчета допустимо считать публикацию результатов деятельности в средствах массовой информации, передачу ее по факсу, телексу, телетайпу, электронной почте и другими средствами передачи информации. Возможно сочетание разных форм отчетности.

Доверительный управляющий обязан в договоре оговорить сроки, форму и порядок отчетности о своей деятельности перед учредителем и выгодоприобретателем. Однако учредитель и выгодоприобретатель имеют дополнительные права в этой сфере. По требованию учредителя и (или) выгодоприобретателя отчет о деятельности доверительного управляющего должен предоставляться незамедлительно, если даже это не было оговорено в договоре.

Обязательное условие договора - **указание на лицо, получающее доверенное имущество в случае прекращения договора** доверительного управления имуществом. Термин "получающее" имеет в виду не факт технического получения имущества, а передачу в собственность. По общему правилу, таким получателем является собственник имущества - учредитель доверительного управления. Однако, он может в договоре предусмотреть нового собственника, например, выгодоприобретателя. В принципе же получателем доверенного имущества может быть любое лицо, указанное в договоре в качестве получателя имущества при его прекращении. Для отдельных видов договоров законодательными актами могут быть предусмотрены и иные существенные условия.

Не обязательное, но желательное условие договора - **размер, форма вознаграждения управляющего, а также источник выплаты**. Однако следует иметь в виду, что договор не обязательно является возмездным. Более того, если в договоре не указаны размер и форма вознаграждения, то предполагается, что доверительный управляющий согласился выполнять условия договора безвозмездно. Исключения составляют случаи, когда осуществление доверительного управления является для доверительного управляющего предметом его предпринимательской деятельности. В этом случае размер вознаграждения определяется при споре судом, исходя из обычно принятых в данной местности размеров платы за подобные услуги в данный период времени.

Форма вознаграждения может быть разная и предусматривается соглашением сторон. Обычно оплата осуществляется деньгами (безналичными или наличными). Однако, формой вознаграждения может быть передача в собственность, возмездное или безвозмездное пользование какого-либо имущества. Причем имущество понимается не в смысле исключительно вещей, а в смысле п. 2 ст. 115 ГК и включает в себя, наряду с вещами и деньгами, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации, имущественные права и другое имущество. Вознаграждение может и не ограничиваться формой имущества.

Оплата труда управляющего осуществляется обычно единовременной выплатой после выполнения им своих обязанностей. Однако, соглашением сторон может быть установлена и предоплата. Такая ситуация характерна для доверительных

управляющих, которые выполняют свои функции в качестве основной предпринимательской деятельности. Кроме того, стороны могут договориться об оплате повременной по частям или сдельной по частям. Время и форма оплаты, в принципе, могут быть поставлены в зависимость и от определенного юридического факта или события.

Доверительное управление осуществляется **за счет собственника**. Собственник может покрыть издержки разными способами: за счет доверенного имущества, авансированием расходов, оплатой счетов доверительного управляющего, разрешением отчислять суммы издержек с денежных доходов от управления имуществом, за счет выгодоприобретателя и т. п. Однако договором может быть предусмотрено и иное. Например, доверительный управляющий, осуществляющий при управлении свою предпринимательскую деятельность, может включить ожидаемые расходы по управлению в размер своего вознаграждения.

Имущество, передаваемое в доверительное управление, может быть обременено тем или иным образом (залогом, арендой, рентой и т. п.). В договоре должны быть указаны права третьих лиц на передаваемое в доверительное управление имущество. Неуказание на права третьих лиц в тексте договора является основанием для доверительного управляющего к подаче в суд искового заявления о признании договора доверительного управления недействительным. Такой договор не порождает правовых последствий и недействителен с момента его заключения.

В случае последовательного обременения имущества преимущество имеет кредитор наиболее раннего обременения. В случае банкротства действует очередность удовлетворения кредиторов, предусмотренная Законом о банкротстве. При ликвидации действует очередность удовлетворения кредиторов, предусмотренная Общей частью

ГК. Однако, залоговые кредиторы идут всегда впереди кредиторов по обязательным платежам в бюджет, если залог конкурирует с ограничением распоряжения имуществом.

Договор доверительного управления имуществом заключается в письменной форме. Договор доверительного управления недвижимым имуществом заключается в форме и порядке, предусмотренных для договора об отчуждении недвижимого имущества. В соответствии со ст. 3 ст. 118 ГК сделки с недвижимостью подлежат государственной регистрации. Общий порядок регистрации недвижимости определен Указом о государственной регистрации прав (п. п. 1,2 ст. 887 ГК).

В соответствии с подпунктом 6 п. 1 ст. 2 этого Указа регистрации подлежит право доверительного управления недвижимым имуществом на срок свыше года. Под недвижимым имуществом в смысле упомянутого Указа понимаются земельные участки, а также здания, сооружения и иное имущество, прочно связанное с землей, то есть объекты перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно (ст. 1 Указа). Такое понимание недвижимости почти совпадает с ее определением в п. 1 ст. 117 ГК. Кроме того, следует иметь в виду, что "предприятие в целом как имущественный комплекс признается недвижимостью", если зарегистрировано в качестве такового.

Несоблюдение формы договора или отсутствие регистрации договора доверительного управления на срок более года для недвижимого имущества влечет его недействительность (п. 3 ст. 887 ГК).

Права и обязанности доверительного управляющего. В отличие от поверенного и комиссионера доверительный управляющий вправе совершать любые действия, какие мог бы совершить собственник с доверенным имуществом с целью надлежащего управления им. Права доверительного управляющего на доверенное имущество могут быть ограничены законодательными актами, договором или иным актом, на основании которых возникло доверительное управление имуществом (п.1 ст. 888 ГК). То есть неуказание в договоре прав доверительного управляющего предполагает неограниченную свободу его действий при условии соблюдения поставленной перед ним цели собственником. Однако оценка действий управляющего в случае спора осуществляется судом. Именно суд будет устанавливать "надлежащесть" управления и степень заботливости, присущую со-
ответственному.

Для большинства видов доверительного управления сохранение имущества в интересах собственника или выгодоприобретателя предполагается. Поэтому п. 1 ст. 888 ГК устанавливает, что доверительный управляющий вправе совершать отчуждение и залог **недвижимого имущества** только в случаях, когда это прямо предусмотрено в акте об учреждении доверительного управления. С другой стороны, существуют виды доверительного управления, которые предполагают, в основном, отчуждение одного доверенного имущества и приобретение другого. Например, накопительный пенсионный фонд передает пенсионные активы управляющей компании в доверительное управление с целью инвестирования их в ценные бумаги.

Сделка, совершенная доверительным управляющим с нарушением установленных для него ограничений, признается действительной, если участвующие в такой сделке третьи лица не знали и не должны были знать о таких ограничениях. В этом случае доверительный управляющий несет ответственность перед учредителем в соответствии с договором и законодательными актами. Обязательства по сделке, совершенной доверительным управляющим с превышением предоставленных ему полномочий или с нарушением установленных для него ограничений, несет доверительный управляющий за счет своего имущества (п. 5 ст. 888 ГК).

Передоверие. Особенность доверительных отношений заключается в том, что именно доверительному управляющему доверяют учредители и вверяют свое имущество. Поэтому доверительный управляющий, по общему правилу, осуществляет доверительное управление имуществом **лично** (п. 1 ст. 889 ГК). Однако никто не запрещает собственнику или иному учредителю доверительного управления имуществом предоставить доверительному управляющему право передоверить выполнение своих обязанностей. Это целесообразно при управлении сложными объектами или объектами, разбросанными на большой территории. Кроме того, возможна ситуация, когда сила обстоятельств вынуждает доверительного управляющего в интересах выгодоприобретателя осуществить **передоверие**. Такое возможно, допустим, в случае болезни или смерти управляющего. Но правомерность данного

передоверия связана с невозможностью испросить указаний учредителя. Невозможность испрашивания указаний может быть связана с объективными причинами, например, отсутствием учредителя или связи в данной местности. Невозможность испрашивания указаний может быть связана и с экономической нецелесообразностью. Например, непомерно высокими расходами на связь или проезд по сравнению с расходами на доверительное управление. Но и в случае передоверия, по существу, для учредителя контрагентом в договоре остается первоначальный доверительный управляющий. Поэтому во всех случаях передоверия доверительный управляющий отвечает за действия избранного им поверенного как за свои собственные. Кроме того, при первой же возможности доверительный управляющий обязан предупредить учредителя

о передоверии (п. 2 ст. 889 ГК).

Поскольку доверительное управление основано на доверии к определенному управляющему, факт передоверия предоставляет учредителю доверительного управления выбор: либо сохранить договор в силе с заменой контрагента, либо заявить о прекращении доверительного управления имуществом. Судебной процедуры для этого не требуется. Суд может принять заявление управляющего о неисполнении учредителем своих обязанностей в связи с незаконным прекращением договора, только если в основе заявления будет лежать утверждение об отсутствии факта передоверия. Непризнание факта прекращения договора учредителем в одностороннем порядке может повлечь удержание доверительным управляющим доверенного имущества. В этом случае истребование имущества будет осуществляться уже учредителем по правилам виндикации.

При прекращении учредителем договора в связи с передоверием он **обязан** возместить доверительному управляющему ранее произведенные расходы и соразмерную часть вознаграждения, если таковое предусматривалось договором или иным актом об учреждении доверительного управления имуществом. В случае, если доверительное управление является предпринимательской деятельностью, учредитель **обязан** возместить доверительному ^{^^^^^ZuZ} прекращением доверительного управления (ч. 2, п. 2 ст. 889 ГК). Размер убытков определяется и доказывается доверительным управляющим. Спор между учредителем и доверительным управляющим по поводу наличия и размера убытков разрешается судом.

Ответственность доверительного управляющего. Широкие права доверительного управляющего уравниваются **презумпцией** его **виновности** в случае ненадлежащего управления имуществом. Право подачи иска в **суд** о прекращении доверительного управления в связи с ненадлежащим управлением принадлежит учредителю и выгодоприобретателю. Доверительный управляющий предполагается виновным в ненадлежащем исполнении обязанностей, если не докажет что принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязанностей. При установлении факта ненадлежащего исполнения обязанностей и, как следствие, прекращение доверительного управления доверительный управляющий обязан возместить

учредителю и выгодоприобретателю убытки, вызванные преждевременным прекращением договора (п. 1 ст. 890 ГК).

В отношениях с третьими лицами, связанных с управлением доверенным имуществом, в качестве ответчика выступает доверительный управляющий. Доверительный управляющий отвечает только доверенным имуществом. Правило о том, что доверительный управляющий несет перед третьими лицами **субсидиарную ответственность** своим имуществом за убытки, причиненные ненадлежащими действиями по управлению имуществом (п. 2 ст. 890 ГК), действует только в случае признания судом ненадлежащих действий по управлению имуществом по иску учредителя или выгодоприобретателя.

Прекращение договора доверительного управления имуществом. Договор доверительного управления имуществом прекращается по правилам Общей части ГК исполнением, предоставлением отступного, новацией, прощением долга, переходом прав учредителя на доверительного управляющего (например, при наследовании и дарении), невозможностью исполнения, издания акта государственного органа, смерти гражданина-стороны в договоре или ликвидации юридического лица-стороны в договоре (п. 1 ст. 367 ГК). Доверительное управление имуществом не может быть прекращено зачетом в соответствии со ст. 370 ГК, поскольку это исключается спецификой и самой сутью договора.

Обязательство, оговоренное в договоре доверительного управления, может быть прекращено заменой исполнения, осуществленной доверительным управляющим с согласия учредителя (п. 2 ст. 368 ГК). По соглашению сторон доверительное управление может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплатой денег, передачей имущества и т.п.). Размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами (ст. 369 ГК). Доверительное управление имуществом прекращается прекращением соглашения сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами, предусматривающими иной предмет или способ исполнения (п. 1 ст. 372 ГК). Доверительное управление имуществом прекращается освобождением учредителем доверительного управляющего от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав выгодоприобретателя и кредитора доверительного управляющего по делам, связанным с доверительным управлением (ст. 373 ГК). Доверительное управление имуществом прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое доверительный управляющий не отвечает. Действие настоящего правила не распространяется на доверительное управление денежными средствами (п. 1 ст. 374 ГК).

Договор доверительного управления имуществом, наряду с общими основаниями прекращения обязательств, прекращается:

1) смертью гражданина - доверительного управляющего, признанием его недееспособным или ограниченно дееспособным, безвестно отсутствующим; ликвидацией юридического лица - доверительного управляющего;

2) отказом доверительного управляющего или учредителя в связи с невозможностью для

доверительного управляющего лично осуществлять управление доверенным имуществом;

3) отказом учредителя от исполнения договора, при условии выплаты доверительному управляющему убытков и вознаграждения, если оно предусматривалось договором;

4) отказом доверительного управляющего в случае несообщения ему о передаче в управление обремененного залогом имущества с выплатой ему вознаграждения, если оно предусматривалось договором (п. 1 ст. 891 ГК).

Переход права собственности на доверенное имущество не прекращает доверительного управления имуществом (п. 2 ст. 891 ГК), а в данном случае доверительное управление выступает в виде обременения для нового собственника. Но отчуждатель обязательно должен предупредить нового собственника об обременении. В ином случае договор может быть признан недействительным по иску нового собственника доверенного имущества.

При прекращении договора доверительного управления доверенное имущество передается лицу, которое указано в договоре (п. 3 ст. 891 ГК). Данное условие является существенным. Поэтому его отсутствие влечет недействительность договора и возвращение имущества учредителю-собственнику.

При банкротстве учредителя доверительное управление имуществом прекращается, и доверенное имущество передается в конкурсную массу. В случае смерти физического лица-учредителя доверенное имущество поступает в наследственную массу (п. 4 ст. 891 ГК).

Пункт 5 ст. 891 ГК предусматривает, что при прекращении договора по инициативе одной из сторон другая сторона должна быть поставлена в известность не менее чем за 3 месяца, если иной срок не предусмотрен законодательными актами или договором. Из данной нормы не вытекает право доверительного управляющего расторгнуть договор в одностороннем порядке по основанию, не предусмотренному ГК и договором. Пункт 5 ст. 891 ГК говорит о "прекращении договора по инициативе". Основания же прекращения предусмотрены п. 1 этой же статьи. Анализ оснований прекращения договора позволяет считать, что доверительный управляющий обязан предупредить учредителя о расторжении договора за 3 месяца в случае только несообщения ему о передаче в управление обремененного залогом имущества. В свою очередь, учредитель обязан предупредить о прекращении договора доверительного управляющего за 3 месяца по основанию, предусмотренному подпунктом 3 п. 1 ст. 891 ГК. Иной срок предупреждения может быть предусмотрен законодательными актами или договором.

§ 4. Отдельные виды доверительного управления имуществом

Доверительное управление акциями и иными ценными бумагами (ст. 892 ГК) - новый институт в гражданском законодательстве Республики Казахстан. Однако управление чужими акциями профессиональными участниками рынка ценных бумаг - явление уже достаточно распространенное. Учитывая,

что по содержанию эти явления почти идентичные, можно считать опыт работы в данной сфере наработанным. Разница заключается лишь в юридическом оформлении. При заключении договора на управление действует принцип свободы договора и нормы доверительного управления на него не распространяются. При заключении договора доверительного управления для него становятся обязательными специальные правила доверительного управления ГК.

При передаче акций в доверительное управление акции не переходят в собственность доверительного управляющего. Объективно принадлежность акции отражается в реестре акционеров. Поэтому, когда акции передаются в доверительное управление, в реестре акционеров делается запись о доверительном управляющем. Права доверительного управляющего определяются договором. Доверительный управляющий, если иное не предусмотрено актом об учреждении доверительного управления имуществом:

- 1) участвует в управлении акционерным обществом;
- 2) получает причитающиеся на акции дивиденды и передает их выгодоприобретателю;
- 3) в случае ликвидации акционерного общества получает причитающееся на акции имущество и передает его в соответствии с договором выгодоприобретателю или учредителю;
- 4) осуществляет отчуждение акций и иные операции с ними, включая залог.

Передача акций в доверительное управление может стать очень распространенной с появлением реального фондового рынка. Реальная котировка и стоимость акций, дивиденды с них, превышающие процент по банковским депозитам, сделают выгодным вложение денежных средств в акции. В этих условиях возникнет необходимость в квалифицированных посредниках, которые избавят акционеров-собственников акций от проблем, связанных с обременительным участием в общих собраниях акционеров, а также с необходимостью отслеживать момент необходимости реализации имеющихся акций и приобретения новых.

Особенности доверительного управления акциями в сфере концентрации денежных средств устанавливаются законодательством. Сфера концентрации денежных средств представлена банковской системой, инвестиционными фондами, страховыми компаниями и накопительными пенсионными фондами. Соответственно нормы ГК в этих случаях будут действовать с учетом специального законодательства. К этой же сфере относятся доверительные операции с денежными средствами. Грань между управлением ценными бумагами и денежными средствами здесь крайне зыбкая, поскольку исходя из специфики объекта происходит постоянное перетекание одного в другое. Так, пенсионные фонды передают пенсионные активы в доверительное управление с тем, чтобы на них были приобретены ценные бумаги, которыми и продолжается далее доверительное управление. При необходимости они могут быть реализованы для последующей выплаты дивидендов.

В качестве особого объекта права доверительного управления можно выделить портфель ценных бумаг как единый объект. Ст. 31 Закона о рынке ценных бумаг предусматривает деятельность по управлению портфелем ценных бумаг. Под этим понимается деятельность управляющего по реализации отдельных правомочий собственника портфеля

ценных бумаг, определенных договором. С развитием фондового рынка такие отношения могут стать очень распространенными. Если данные отношения оформлены договором доверительного управления, то на них распространяются нормы ГК о доверительном управлении имуществом. В части, не урегулированной ими, должно действовать специальное законодательство.

Доверительное управление предприятием как имущественным комплексом (ст. 894 ГК). Современная сфера применения права доверительного управления - приватизация. Государство достаточно часто передает государственные предприятия в доверительное управление. Говоря о предприятии, имеется в виду не субъект, а объект правоотношения - предприятие как имущественный комплекс в смысле ст. 119 ГК. В развитие положений ГК Государственный комитет Республики Казахстан по управлению государственным имуществом принял 23 мая 1996 года постановление № 381, которым утвердил Положение о порядке передачи в доверительное управление государственных предприятий и государственных пакетов акции акционерных обществ (в дальнейшем - Положение).

Положение разработано в соответствии с Указом о приватизации и определяет основные механизмы заключения контрактов на доверительное управление предприятиями и государственными пакетами акций акционерных обществ с правом последующего выкупа (в дальнейшем - контракт) физическим, негосударственным юридическим лицам и иностранным юридическим лицам объектов государственной собственности, а также контроля за выполнением управляющими фирмами (доверительным управляющим) условий контрактов. Доверительный управляющий определяется по тендеру. Заключение контракта является способом передачи государством прав владения, пользования и частично распоряжения. Объем передаваемых прав определяется условиями тендера. Доверительным управляющим предприятия может быть как казахстанское, так и иностранное лицо. С правовой точки зрения заключение договоров на доверительное управление государственным предприятием основывается на принципе свободы договора. То есть стороны по своему усмотрению включают в договор те или иные условия.

Доверительное управление имуществом государственного служащего. Ст. 895 ГК предусматривает, что имущество государственного служащего, используемое для предпринимательской деятельности, подлежит передаче в доверительное управление в случаях и в порядке, предусмотренных законодательными актами. Пункт 2 ст. 13 Указа о государственной службе предусмотрел, что государственный служащий обязан на время прохождения государственной службы передавать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций в порядке, установленном законодательством. Таким образом, должно быть принято постановление Правительства, регламентирующее порядок и условия передачи имущества государственного служащего в доверительное управление. Выход ожидавшегося постановления Правительства "О передаче в доверительное управление имущества предпринимателей, поступивших на государственную службу"

задерживается на неопределенный срок. Поэтому проблема заключается в отсутствии механизма реализации предписания ст. 13 Указа о государственной службе. До принятия вышеупомянутого постановления Правительства следует руководствоваться нормами Особенной части ГК. Уже на сегодняшний день можно считать обязательным для государственного служащего требование неосуществления предпринимательской деятельности. Поэтому при поступлении на государственную службу до выхода вышеупомянутого постановления Правительства он имеет право самостоятельно выбрать себе доверительного управляющего и оговорить условия, на которых он передает свое имущество в управление. Истечение срока договора должно быть обусловлено фактом увольнения с государственной Службы либо прекращение договора с одним управляющим должно предполагать одновременное заключение с другим. Объектом договора являются наряду с долями в товариществах, акции, иные ценные бумаги и иное имущество, задействованное в коммерческом обороте. Однако следует иметь в виду, если будет установлено, что государственный служащий дает доверительному управляющему текущие указания по управлению доверенным имуществом или оказывает в отношении хозяйственных товариществ, в которых он участвует (бездействия), ведущие к увеличению его деятельности все равно может быть расценена как предпринимательская, несмотря на передачу имущества доверительному управляющему.

Глава 53. Комплексная предпринимательская лицензия (франчайзинг)

§ 1. Понятие договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга)

Термин "**комплексная предпринимательская лицензия**" является наиболее точным, с точки зрения казахстанского законодателя, смысловым синонимом термина "франчайзинг", который широко используется в законодательстве большинства экономически развитых **стран** мира. В свою очередь, российский законодатель отождествил **этот** термин с понятием "коммерческая концессия". В то же время, понятие и содержание этих правовых договоров во всем мире **достаточно** идентично и унифицировано.

Термин "франчайзинг" происходит от французского слова "franchise", что означает "льгота, привилегия". В средние века слово "франшиза" означало передачу прав от имени короля или государства (например, право проводить ярмарки, содержать рынки, строить мосты и т. п.). Однако, позднее смысловое содержание данного термина изменилось. В современном понимании франчайзинг появился в конце XIX - начале XX века в Америке и означал передачу в возмездное пользование комплекса исключительных прав вместе с устоявшимися правилами производства и оказания услуг, а также иными деловыми навыками.¹ Одними из первых значимых примеров применения франчайзинга стали сети реализации швейных машин "Зингер", сети точек питания "Макдональдс" и "Пицца Хат", сети гостиниц "Холидэй Инн" и "Шератон". Сейчас система франчайзинговой предпринимательской деятельности широко известна и активно применяется в промышленно развитых странах мира.

[Франчайзинг является выгодным для обеих сторон. Сторона, предоставляющая свои права в пользование, устанавливает в той или иной мере контроль за бизнесом лицензиата, имея прибыль от его деятельности. Франчайзинг избавляет комплексного лицензиара от необходимости открывать новые филиалы и предприятия, вкладывать средства в приобретение основных фондов и наем работников. Лицензиат, в свою очередь, снижает свой предпринимательский риск и ускоряет окупаемость капиталовложений. Он получает преимущество перед конкурентами за счет использования уже известных на рынке средств индивидуализации чужого юридического лица. Для потребителей франчайзинг выгоден возможностью быстрого насыщения рынка товарами и услугами, для государства - повышением деловой активности и пополнением бюджета.

До принятия Особенной части ГК РК (1999 года) законодательство не запрещало осуществление франчайзинговых операций. Однако они не получили распространения на территории Республики Казахстан. В ГК впервые появились и вступили в действие нормы, регулирующие договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинг), с 1 июля 1999 года. Включение их в ГК было обусловлено направленной рецепцией основных механизмов рыночного хозяйства, оправдавших свое существование временем. В настоящее время Правительством разрабатывается проект Закона "О франчайзинге", который призван

конкретизировать соответствующие нормы
Особенной части ГК." 7

\ *В соответствии с п. 1 ст. 896 ГК по договору комплексной предпринимательской лицензии одна сторона (комплексный лицензиар) обязуется предоставить другой стороне (комплексному лицензиату) за вознаграждение комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий, в частности, право использования фирменного наименования лицензиара и охраняемой коммерческой информации, а также других объектов исключительных прав (товарного знака, знака обслуживания, патента и т.п.), предусмотренных договором, для использования в предпринимательской деятельности лицензиата.

Договор комплексной предпринимательской лицензии является двусторонним, возмездным, консенсуальным, предпринимательским и самостоятельным (не смешанным).

Комплексный лицензиат осуществляет свою предпринимательскую деятельность **от своего имени**. Это значит, что комплексный лицензиат даже при совершении сделок, связанных с франчайзинговой деятельностью, выступает от своего имени и должен указывать, что он действует в качестве лицензиата, если это с очевидностью не вытекает из самой обстановки совершения сделок. Комплексный лицензиат вправе использовать фирменное наименование комплексного лицензиара только в целях информирования потребителя (реклама, вывеска, использование рядом с товарным знаком лицензиара и т. п.)

----- "ото, ТПП»нными ДОГОВОРОМ комплексной
в порядке и способом, установленном
предпринимательской лицензии. 11
С точки зрения правовой клас

v_ "_____ фикации в казахстанском
законо

дательстве **договор** комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) является **разновидностью лицензионного договора** в смысле ст. 966 ГК. Поэтому на объекты интеллектуальной собственности, пользование которыми передается по договору комплексной предпринимательской лицензии, распространяются нормы раздела 5 ГК "Право интеллектуальной собственности" и соответствующее специальное законодательство об авторских правах.

Соответственно, понятие "**лицензия**" в смысле настоящей главы **не** совпадает с понятием лицензии, являющейся предметом регулирования в Указе о лицензировании. В соответствии с п. 2 ст. 1 Указа о лицензировании не регулируются отношения, связанные с выдачей лицензий в рамках заключенного между гражданами и (или) юридическими лицами лицензионного договора.

Договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) имеет некоторое внешнее сходство с договорами о совместной деятельности, поручения, комиссии и доверительного управления имуществом. Это обусловлено тем, что они могут регулировать одни и те же отношения по передаче и использованию прав, но несколько разными средствами. Все они предполагают достижение общей цели и сотрудничество сторон. Но юридическое содержание названных договоров различно.

Первое различие связано с **предметом договора**. Предметом комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) является передача комплекса исключительных прав для использования в предпринимательской деятельности, в то время как предметом совместной деятельности являются совместные действия для получения доходов или достижения иной цели (п. 1 ст. 228 ГК), предметом поручения - совершение определенных юридических действий (п. 1 ст. 846 ГК), предметом комиссии - совершение одной или нескольких сделок (п. 1 ст. 865 ГК), предметом доверительного управления имуществом - управление доверенным имуществом (п. 1 ст. 883 ГК).

Второе различие обусловлено **объектом договора**. Объектом комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) являются отчуждаемые исключительные права, в то время как объектом совместной деятельности являются взносы товарищей или трудовой вклад (п. 1 ст. 230 ГК), объектом поручения - юридические действия (п. 1 ст. 846 ГК), объектом комиссии - одна или несколько сделок (п. 1 ст. 865 ГК), объектом доверительного управления - доверенное имущество (п. 1 ст. 883 ГК).

Третье различие вытекает из **объема прав стороны в договоре**. В комплексной предпринимательской лицензии комплексный лицензиат действует без поручения, порождая своими действиями правовые последствия для себя в своем интересе, от своего имени в процессе своей предпринимательской деятельности. В остальных сравниваемых договорах поручение исполнителю в том или ином виде обязательно. Им очерчены пределы гражданских прав. Причем исполнитель помогает реализовать чужую волю за какое-то оговоренное материальное вознаграждение. Последнее суждение в меньшей мере относится к простому товариществу, где степень самостоятельности предпринимательской деятельности обусловлена содержанием договора.

Четвертое различие заключается в том, кто несет **обязанность выплачивать вознаграждение** по договору. В комплексной предпринимательской лицензии платежи осуществляет комплексный лицензиат за использование исключительных прав. Он имеет статус должника в обязательстве. В то же время в совместной деятельности товарищи могут определить субъекта платежей по договору либо это будут сами товарищи (ст. 231 ГК), в поручении платеж осуществляет доверитель (ст. 850 ГК), в комиссии - комитент (ст. 866 ГК), в доверительном управлении имуществом - учредитель доверительного управления (ст.ст. 886, 888 ГК), которые являются кредиторами обязательства.

Отношения, возникающие из договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга), по субъектному составу можно условно разделить на **три группы**. Во-первых, это отношения между лицензиаром (правообладателем) и лицензиатом (пользователем). Данные отношения составляют основу франчайзинга. Во-вторых, это отношения лицензиата (пользователя) с третьими лицами, возникающие в результате использования комплекса исключительных прав (например, обязанности соблюдения стандартов качества товара и информирования третьих лиц об осуществлении франчайзинговой деятельности (ст. 899 ГК)). И, в-третьих, это отношения между правообладателем и третьими лицами, вытекающие из использования

комплекса исключительных прав комплексным лицензиатом (например, ответственность комплексного лицензиара по требованиям, предъявляемым к комплексному лицензиату о несоответствии качества товаров, работ или услуг (ст. 901 ГК)).

% ^Передача исключительных прав в пользование составляет основу договора комплексной предпринимательской лицензии. Однако, на практике зачастую лицензиар оказывает множество дополнительных услуг лицензиату с тем, чтобы быстрее и эффективнее организовать бизнес. Существующие мировые тенденции развития франчайзинга позволяют следующим образом классифицировать договоры комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) по степени участия лицензиара во франшизном предприятии:

1) договор комплексной предпринимательской лицензии, при котором лицензиар создает подготовленное рабочее место и передает его с лицензионным комплексом лицензиату-индивидуальному предпринимателю (комплексная предпринимательская лицензия-рабочее место);

2) договор комплексной предпринимательской лицензии, при котором лицензиар создает предприятие и передает его с лицензионным комплексом лицензиату (комплексная предпринимательская лицензия-предприятие);

3) договор комплексной предпринимательской лицензии, при котором стороны заключают договор на основе преобразования структурных подразделений в самостоятельные предприятия (конверсионная комплексная предпринимательская лицензия);

4) договор комплексной предпринимательской лицензии, на основе которого лицензиат создает несколько предприятий (множественная комплексная предпринимательская лицензия);

5) договор комплексной предпринимательской лицензии, предметом которого является право лицензиата на производство или на производство и сбыт товара под товарным знаком либо иным средством индивидуализации лицензиара (его товаров, работ или услуг) с использованием поставляемого лицензиаром (по согласованию с лицензиатом) сырья, материалов, технологий и оборудования (производственная комплексная предпринимательская лицензия);

6) договор комплексной предпринимательской лицензии, предметом которого является право лицензиата на сбыт (реализацию) товаров (работ, услуг) под товарным знаком или иным средством индивидуализации лицензиара (его товаров, работ или услуг) с использованием предоставляемой лицензиаром либо устанавливаемой по согласованию с ним технологии маркетинга (товарная комплексная предпринимательская лицензия).

Стороны вправе заключить иной, не противоречащий законодательству, договор комплексной предпринимательской лицензии. ^jg

§ 2. Содержание договора комплексной предпринимательской лицензии (Франчайзинга)

4) Содержание договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) составляют условия договора. Существенным условием договора является его **предмет**. Предметом договора является предоставление для использования комплекса исключительных прав. Исключительным правом на результат интеллектуальной творческой деятельности или средство индивидуализации признается имущественное право их обладателя использовать объект интеллектуальной

собственности любым способом по своему усмотрению (ч. 1 п. 1 ст. 964 ГК).

[Обязательными объектами исключительных прав в договоре комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) **являются фирменное наименование и охраняемая коммерческая информация** (п. 1 ст. 896 ГК). Невключение в договор этих элементов не позволяет считать подписанное соглашение договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга), даже несмотря на его название. Не является договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) также договор, хотя и включающий условие о передаче в пользование фирменного наименования и охраняемой коммерческой информации, но не названный сторонами договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Поэтому в отношении договоров, не имеющих своим объектом фирменное наименование или охраняемую коммерческую информацию, или хотя и включающих упомянутые объекты, но не названных комплексной предпринимательской лицензией (франчайзингом), действуют правила, предусмотренные сторонами в договоре, и общие нормы ГК/Правила же Главы 45 "Комплексная предпринимательская лицензия (франчайзинг)" ГК действуют только в случае, если они прямо отражены в договоре или имеют отсылку к Главе 45 ГК.) В рассматриваемом в настоящем абзаце случае правила комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) волей сторон распространяются на нефранчайзинговые договоры. Такая сделка является правомерной и не может быть квалифицирована как притворная.]

Национальными и международными правовыми актами по вопросам франчайзинга чаще всего в понятие франчайзинга включается и третий обязательный элемент - постоянное консультационное содействие в организации бизнеса. В казахстанском законодательстве оно заменено обязанностью лицензиара провести консультирование лицензиата по вопросам, связанным с осуществлением пользования переданных ему исключительных прав. Такое консультирование может иметь не длящийся в течение всего договора, а, допустим, единовременный характер?/ У

Понятие "**охраняемая коммерческая информация**", используемое в Главе 45 ГК, является производным от понятия "информация, составляющая служебную или коммерческую тайну". В соответствии с п. 1 ст. 126 ГК гражданским законодательством защищается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну, в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней

600

нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности.

Понятие "охраняемая коммерческая информация" подпадает также под действие Главы 55 ГК "Право на защиту нераскрытой информации от незаконного использования". Лицо, правомерно обладающее технической, организационной или коммерческой

информацией, в том числе секретами производства (ноу-хау), неизвестной третьим лицам (нераскрытая информация), имеет право на защиту этой информации от незаконного использования, если соблюдены условия, установленные п. 1 ст. 126 ГК. Право на защиту нераскрытой информации от незаконного использования возникает независимо от выполнения в отношении этой информации каких-либо формальностей (ее регистрации, получения свидетельств и т.п.). Правила о защите нераскрытой информации не применяются в отношении сведений, которые в соответствии с законодательными актами не могут составлять служебную или коммерческую тайну (сведения о юридических лицах, правах на имущество и сделках с ним; сведения, подлежащие представлению в качестве государственной статистической отчетности и др.). Право на защиту нераскрытой информации действует до тех пор, пока сохраняются условия, предусмотренные п.1 ст. 126 ГК (ст. 1017 ГК).

Помимо обязательных, наиболее распространенными объектами исключительных прав в договоре франчайзинга являются товарные знаки (знаки обслуживания), изобретения, полезные модели, промышленные образцы, наименования мест происхождения (указания происхождения) товаров, нераскрытая информация, в том числе секреты производства (ноу-хау). Однако, это могут быть и другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ или услуг. Будучи объектом договора, весь передаваемый комплекс исключительных прав образует понятие "лицензионный комплекс".

Обязательными сопутствующими лицензионному комплексу (имущественным исключительным правам) в договоре франчайзинга являются неимущественные права - **деловая репутация и коммерческий опыт** (п. 2 ст. 896 ГК). При этом под коммерческим опытом понимаются знания и навыки, не подпадающие под понятие "нераскрытая информация" в смысле Главы 55 ГК.

Ст. 143 ГК относит деловую репутацию к неимущественным правам. Законодательство не содержит определения деловой репутации. В обычном понимании репутация представляет собой сложившееся о лице мнение, основанное на оценке его общественно значимых качеств. Соответственно деловая репутация - это оценка профессиональных качеств для физического лица и степень доверия и заинтересованности в деловых контактах - для юридического лица. Деловая репутация коммерческого юридического лица в промышленно развитых странах называется "гуд вилл" или "доброе имя". Обычно стоимостная оценка неимущественного права не предполагается. Однако, деловая репутация может явиться исключением из этого правила. На практике определить стоимость деловой репутации юридического лица не сложно. Разница между продажной ценой предприятия при продаже его вместе с фирменным наименованием и себестоимостью совокупности объектов, составляющих имущество предприятия, составляет цену деловой репутации. В Казахстане сложились даже правила отражения "гуд вилла" на балансе предприятия.

Одним из важнейших условий договора является цена. Цена зависит от совокупности множества факторов, например, ценности передаваемого исключительного права, рыночной конъюнктуры,

места расположения франчайзингового предприятия и т. п. Цена не является существенным условием договора. Это значит что ее отсутствие в договоре не повлечет его недействительность. В этом случае будет применяться цена, которая в момент заключения договора при сравнимых обстоятельствах обычно взималась за аналогичные товары, работы или услуги (п. 3 ст. 385 ГК).

Для отражения возмездное™ договора законодательство, в числе других использует термин "вознаграждение". Комплекс всех видов вознаграждения и составит в конечном итоге цену договора. Включение условия о вознаграждении в договор обусловлено его предпринимательским характером. Форма, способ и сроки оплаты пользования исключительными правами определяются сторонами по договору. Вознаграждение по договору комплексной предпринимательской лицензии может выплачиваться лицензиатом лицензиару в форме фиксированных разовых или периодических платежей, отчисления от % чки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых лицензиаром для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной догово-

° В мировой практике наиболее распространенным является первоначальный взнос фиксированной суммой сразу после заключения договора (так называемый «паушальный платеж»), а затем повременные отчисления в определенном проценте от суммы оборота товаров, услуг, работ (так называемые "роялти"). Кроме того, за предоставленные комплексные предпринимательские сублицензии лицензиат обычно выплачивает лицензиару определенный процент от оборота сублицензиата. В мировой практике франчайзинговая деятельность имеющая низкие затраты начального периода (примерно между 25000

долл. и 50000 долл.), финансируется собственным капиталом или в сочетании с краткосрочными банковскими кредитами. При наличии более высоких затрат часто используются долгосрочные обычные или компенсационные кредиты. В некоторых случаях лицензиар предоставляет часть финансирования своим лицензиатам посредством выпуска долговых обязательств для проведения начальной подготовки персонала и выплаты цены за приобретение лицензионного комплекса, а также для покупки исходных товарно-материальных запасов.

Условия договора определяют **права и обязанности сторон**. Права и обязанности устанавливаются в договоре по усмотрению сторон, исходя из принципа свободы договора. Определенные права можно вывести из смысла норм ГК о комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге). Так, **комплексный лицензиар имеет права:** контроля качества производимых лицензиатом по договору товаров (услуг); преимущественной покупки при отчуждении лицензиатом своего предприятия (своей доли в предприятии); выступления гарантом или поручителем в отношении лицензиата перед третьими лицами; заключения иных договоров с лицензиатом, в частности, выступать по отношению к нему лицензиаром.

Статья 898 ГК содержит **обязанности лицензиара**, которые не могут быть устранены договором. Лицензиар во всех случаях обязан в сроки и в объеме,

предусмотренные договором, передать лицензиату техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую лицензиату для осуществления прав, предоставленных ему по договору. Объем и сроки передаваемой информации определяются договором.

Обязанностью лицензиара является обучение и консультирование лицензиата по вопросам, связанным с осуществлением переданных ему прав. При отсутствии в договоре условий и сроков передачи информации, обучения и консультирования лицензиата данные позиции определяются по усмотрению лицензиара. В понятие "передача технической и коммерческой документации" вкладывается и передача лицензиату предусмотренных договором лицензий с обеспечением их оформления в установленном порядке. Если договором комплексной предпринимательской лицензии не предусмотрено иное, лицензиар обязан контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) лицензиатом на основании договора. Договором могут быть предусмотрены и другие обязанности лицензиара.

По другому подошел законодатель к **обязанностям лицензиата**. Стороны могут самостоятельно определять обязанности лицензиата. Однако, если они этого не сделали, то тогда лицензиат обязан:

во-первых, использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности лицензионный комплекс лицензиара указанным в договоре образом;

во-вторых, допускать лицензиара на свою производственную территорию, предоставлять ему необходимую документацию и оказывать содействие в получении информации, необходимой для осуществления контроля за правильным использованием предоставленных

—ГсЖть все инструкции и указания лицензиара в отношении характера, способов и условий использования переданных в **использование** исключительных прав, в том числе указании, касающихся™ внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых лицензиатом при осуществлении предоставленных ему

по в^четщутых^не разглашать секреты производства лицензиара и другой, полученной от него, конфиденциальной коммерческой ин-

Фтп№ информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации на основании договора комплексной предпринимательской лицензии (ст. 899 ГК). Последняя обязанность обусловлена следующим. Лицензиат выступает в гражданском обороте под чужим именем и с чужими знаками индивидуализации. Это может вызвать заблуждение потребителя. Поэтому законодательное регулирование договора комплексной предпринимательской лицензии направлено на защиту прав потребителей.

Законодатель не оговорил конкретный способ предупреждения покупателя. Поэтому споры по поводу "наиболее очевидного способа

предупреждения о франчайзинге" будут разрешаться судом. Бесспорной является **лишь** ситуация, когда лицензиат рядом с фирменным наименованием, товарным знаком и знаком обслуживания пишет "Франчайзинг", "франчайзинговое предприятие", "на основании договора франчайзинга" и т. п. Если работы или услуги выполняются на **основании** заказа по объявлению или рекламному буклету, сведения о франчайзинге должны быть указаны в самом объявлении или реклам-

№ Пр^лицензиата вытекают из обязанностей лицензиара и существа договора. Основное право лицензиата - использовать в своей предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав подученный от лицензиара по договору. Помимо иных, **комплексный** лицензиат имеет право заключать договоры комплексной предпринимательской лицензии с другими лицами при условии, что это не нарушает прав лицензиара по уже заключенным с ним договорам; заключать иные договоры с лицензиаром, в частности, договор лизинга.

Для защиты своих прав одна из сторон нередко ограничивает деятельность другой стороны по передаче и осуществлению исключительных прав. Договором комплексной предпринимательской лицензии могут быть предусмотрены **ограничительные (эксклюзивные) условия**. Ст. 900 ГК содержит перечень условий, достаточно часто используемых в странах с развитой системой франчайзинга. Одно из них направлено на исключение конкуренции под одним фирменным наименованием на определенной территории. Юридически такое условие выражается в закреплении в договоре обязательства лицензиара не выдавать других аналогичных комплексных предпринимательских лицензий для их использования на закрепленной за лицензиатом территории либо воздержаться от непосредственной самостоятельной деятельности на этой территории.

Альтернатива вышеизложенной ситуации заложена в Разделе 5 "Право интеллектуальной собственности" ГК. Поскольку договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) является разновидностью лицензионного договора, то и нормы, регулирующие лицензионный договор (ст. 966 ГК), распространяются на договор комплексной предпринимательской лицензии. В соответствии с п. 2 ст. 966 ГК "лицензионный договор может предусматривать предоставление лицензиату:

1) права использования объекта интеллектуальной собственности с сохранением за лицензиаром возможности его использования и права выдачи лицензии другим лицам (простая, неисключительная лицензия);

2) права использования объекта интеллектуальной собственности с сохранением за лицензиаром возможности его использования, но без права выдачи лицензии другим лицам (исключительная лицензия);

3) других, не противоречащих законодательным актам, условий использования объекта интеллектуальной собственности.

Если в лицензионном договоре не предусмотрено иное, лицензия предполагается простой (неисключительной)".

Из этого следует, что если иное не оговорено договором, то комплексный лицензиар в договоре комплексной предпринимательской лицензии

(франчайзинга) имеет право сам использовать объект исключительной собственности, право на использование которого вошло в лицензионный комплекс, и имеет право заключить договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) с другим лицом в отношении исключительных прав, вошедших в предыдущую комплексную лицензию.

Договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) может быть предусмотрено обязательство не конкурировать с лицензиаром на территории использования комплексной предпринимательской лицензии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой лицензиатом с использованием принадлежащих лицензиару исключительных прав. Данное правило в сфере услуг означает, что лицензиат может оказывать предусмотренные договором услуги только в дни или часы, когда их не оказывает лицензиар на данной территории. Сферу производства как таковую данное правило не затрагивает. Однако реализация произведенного продукта может осуществляться на франчайзинговой территории в объеме, не превышающем разницу между ожидаемым спросом и объемом аналогичной продукции, выставяемой лицензиаром на продажу в пределах франчайзинговой территории.

Договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) может быть предусмотрено обязательство лицензиата не получать других комплексных предпринимательских лицензий у конкурентов (потенциальных конкурентов) лицензиара. Причем речь может идти как о лицензии на аналогичные исключительные права, так и на иные, как на той же территории, так и на другой.

Договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) может быть предусмотрено обязательство лицензиата согласовывать с лицензиаром место расположения помещения, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление. Необходимость по договору согласовать место расположения помещения означает, что место расположения имеет коммерческое значение, информация о котором входит составным элементом в нераскрытую информацию (Главу 55 ГК) или коммерческий опыт (п. 2 ст. 896 1 К) лицензиара. То же можно отнести к внешнему и внутреннему оформлению помещения.

После окончания срока действия договора комплексной предпринимательской лицензии комплексный лицензиар в целях недопущения недобросовестной конкуренции может установить запрет лицензиату на осуществление аналогичной деятельности. Такой запрет может быть ограничен определенной территорией и сроком. После окончания срока действия договора комплексной предпринимательской лицензии стороны могут договориться об использовании лицензиатом оборудования, иного имущества лицензиара либо технологии (ноу-хау) без использования объектов интеллектуальной собственности, зарегистрированных в установленном порядке.

С учетом вышесказанного, создание франчайзинговых сетей имеет определенную опасность для потребительского рынка в связи с тен-

денцией к монополизму и ограничению прав лицензиата. Хотя большинство ограничительных условий не являются неправомерными в своей основе, в каждом конкретном случае они нуждаются в анализе с точки зрения состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон на предмет противоречия антимонопольному законодательству. В случае несоответствия их антимонопольному законодательству они могут быть признаны недействительными по иску антимонопольного органа или другого заинтересованного лица. То есть такие условия договора являются оспоримыми.

Противодействию тенденции монополизации служит п. 2 ст. 900 ГК, ограничительные условия которого, наряду с антимонопольным законодательством, устанавливает рамки франчайзингового соглашения. Принцип свободы договора действует в части, не нарушающей принцип свободы предпринимательства. Поэтому п. 2 ст. 900 ГК предусмотрел недействительность двух типов ограничительных условий при любых обстоятельствах.

Во-первых, являются недействительными ограничительные условия договора комплексной предпринимательской лицензии, в силу которых лицензиар вправе определять цену продажи товара лицензиатом, либо устанавливать верхний или нижний предел указанных цен. Установление фиксированной цены нарушает связь между спросом и предложением, нарушает саморегуляцию рынка, и, соответственно, приводит к демпингу и разорению конкурентов либо к высоким ценам и саморазорению. Отсутствие на рынке конкурентов приведет к монополии. Поэтому лицензиар не может напрямую сформировать ценовую политику лицензиата. Однако, стоимость комплексной предпринимательской лицензии, обязательство использовать продукцию, товары и определенные услуги лицензиара оказывают косвенное влияние на формирование цены продукции (работ, услуг) лицензиата. Кроме того, возможность согласования цены между сторонами не исключается и даже может найти выражение в соответствующем условии договора. Но если в последующем лицензиат не станет соблюдать данное условие о ценовых ограничениях, лицензиар не вправе будет ссылаться на нарушение лицензиатом условий договора.

Во-вторых, являются недействительными ограничительные условия договора комплексной предпринимательской лицензии, в силу которых лицензиат вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории. Речь идет не о выборе клиента-контрагента лицензиатом по своему усмотрению, а о недопустимости оказывать по своему усмотрению услуги определенной категории граждан. Это значит что лицензиат-юридическое лицо, при использовании в своей деятельности исключительных прав лицензиара, заключает публичные договоры в смысле ст. 387 ГК. Публичным договором в рассматриваемой ситуации признается договор, заключенный лицензиатом с третьими лицами во исполнение договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) и устанавливающий обязанности лицензиата по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг которые такая организация по характеру своей деятельности должна осуществлять в отношении каждого, кто к ней

обратится. Лицензиат не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения договора, кроме случаев, предусмотренных законодательством. Цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются лицензиатом одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев, когда законодательством допускается предоставление льгот для отдельных категорий потребителей. Отказ лицензиата от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары (работы, услуги) не допускается. Если лицензиат необоснованно уклоняется от заключения договора, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор. В этом случае лицензиат обязан возместить клиенту убытки, вызванные отказом заключить договор. Смысл запрета: делить покупателей (заказчиков) на категории, вызван опасением прикрепления определенных покупателей (заказчиков) к определенным пользователям, что практически означает территориальный раздел рынка.

За пределами императивных требований стороны в договоре могут оговорить любые условия, не противоречащие законодательству. Нередко стороны договора франчайзинга в экономически развитых странах проводят страхование франчайзинговой деятельности. Обычно в договоре на лицензиата накладывается обязанность до открытия франшизного предприятия за свой счет приобрести на срок действия договора франчайзинга страховой полис (полисы), защищающий лицензиата и лицензиара от любой претензии или требования в отношении причинения физического ущерба личности или собственности, смерти, а также любого убытка, задолженности или расхода, возникающего в результате или в связи с осуществлением франчайзинговой деятельности.

§ 3. Стороны договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Заключение договора

I В договоре комплексной предпринимательской лицензии речь идет не просто о лицензии, а о предпринимательской лицензии. То есть данный договор возможен только в сфере предпринимательской деятельности - инициативной деятельности, имеющей в качестве основной⁴¹ цели извлечение прибыли. Отсюда следует, что **сторонами договора** могут быть только **предприниматели**[^]

[^]Сторонами по договору комплексной предпринимательской лицензии могут быть только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей, как резиденты, так и нерезиденты Республики Казахстан. Стороной в договоре, предоставляющей комплекс исключительных прав, является **комплексный лицензиар**, а получателем - **комплексный лицензиат**.

Кроме сторон договора, существуют лица, влияющие тем или иным образом на франчайзинговые отношения. Это - государственные органы и организации, осуществляющие функции по регистрации и иному государственному регулированию франчайзинговой деятельности; посредники-лицензионные брокеры; ассоциации

франчайзеров; общественные объединения предпринимателей и т. д.

¹ **Лицензионным брокером** является любое физическое или юридическое лицо, не являющееся комплексным лицензиаром или комплексным лицензиатом, которое по доверенности и за вознаграждение представляет и защищает интересы одной из сторон комплексной предпринимательской лицензии. К деятельности лицензионного брокера в части, не урегулированной законодательством о комплексной предпринимательской лицензии, применяется законодательство о поручении. \

Отношения по франчайзингу оформляются договором. В мировой практике франчайзинг оформляется обычно единым договором с соответствующими приложениями к нему. Казахстанская практика к концу 90-х годов по данному вопросу не сложилась ввиду отсутствия франчайзинговых сетей. В Российской Федерации на тот же период можно говорить только о самом начале внедрения франчайзинга (коммерческой концессии по законодательству РФ), в основном, в сфере быстрого питания. При этом вместо одного договора в практику было введено использование трех отдельных договоров: по использованию товарного знака, по запуску и обслуживанию оборудования, по разрешению остальных проблем франчайзинговой деятельности.

Договор на закупку и обслуживание оборудования обеспечивает лицензиата необходимыми дизайном, архитектурой и инженерной поддержкой, требующимися для обустройства помещений. Использование для этих целей договора лизинга распространено в Республике Казахстан и Российской Федерации меньше, чем это принято в западной практике. Разделив один общий договор франчайзинга на несколько отдельных договоров, лицензиары выяснили, что таким образом легче осуществлять контроль за деятельностью лицензиата. Когда договор точно распределяет обязанности, лицензиары могут более эффективно защищать свои права в суде. Однако такая практика постоянно будет ставить проблему возможности применения к данным отношениям норм ГК о франчайзинге. Поэтому в любом случае желательно составление или одного, или основного, обобщающего иные сопутствующие соглашения, договора о комплексной предпринимательской лицензии.

! Договор комплексной предпринимательской лицензии¹ должен быть заключен в письменной форме. Договор, совершенный в письменной форме, должен быть подписан сторонами или их представителями, если иное не вытекает из обычаев делового оборота. При заключении договора допускается использование средств факсимильного копирования подписи, если это не противоречит законодательству или требованию одной из сторон¹. Несоблюдение письменной формы договора влечет его недействительность. В отношении исключительных прав, передача которых в пользование по законодательству Республики Казахстан должна быть зарегистрирована, договор считается действительным при условии такой регистрации.

Гражданский кодекс Республики Казахстан не требует регистрации договора комплексной предпринимательской лицензии. В то же время такое правило может быть установлено

законодательством, которое будет принято в развитие франчайзинговых отношений. Регистрация фиксирует информацию о комплексной предпринимательской лицензии. Защита прав потребителей требует максимальной информированности о производителе товаров и услуг, с которыми обычно связывается ожидание определенного качества. Поэтому по иному к этой проблеме подошел российский законодатель. Аналог казахстанской комплексной предпринимательской лицензии - российская коммерческая концессия - возникает только при регистрации договора органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя-лицензиара. Если же правообладатель зарегистрирован в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя в иностранном государстве, регистрация договора коммерческой концессии производится органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, являющегося пользователем.

^ Договор комплексной предпринимательской лицензии может быть заключен **на срок или без срока**. Истечение срока по срочному договору прекращает договор и не дает права лицензиату требовать возобновления договора. Это соответствует гражданско-правовым принципам свободы договора и свободы волеизъявления. Поэтому лицензиат при заключении договора должен отдавать себе отчет, что по истечении оговоренного срока все построенные или приобретенные производственные мощности придется перепрофилировать и начинать свой бизнес почти "с нуля".

По другому решил данную проблему российский законодатель. В соответствии с п. 1 ст. 1035 ГК РФ "пользователь (лицензиат - И. Ж.), надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии (комплексной предпринимательской лицензии - И. Ж.) право на заключение договора на новый срок на тех же условиях". Преимущественное право действует в течение трех лет с момента окончания первоначального договора. Такое положение защищает интересы добросовестного лицензиата. В целях же защиты интересов лицензиара (правообладателя) в российском законодательстве действует другое правило. Лицензиар вправе отказать в заключении договора на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры франчайзинга и соглашаться на заключение аналогичных договоров субфранчайзинга, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока лицензиар пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены лицензиату по прекратившемуся договору, он обязан предложить лицензиату заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки, включая упущенную выгоду. Лицензиат в этом случае не может оспаривать действительность договора, заключенного лицензиаром. При заключении же нового договора с прежним лицензиатом его условия должны быть не менее благоприятны для лицензиата, чем условия прекратившегося договора. Хотя ГК не содержит соответствующего положения, нет препятствий со стороны казахстанского законодательства для

дальновидного лицензиата включать данное условие в текст договора комплексной предпринимательской лицензии.

§ 4. Исполнение договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга)

Исполнение договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) осуществляется в соответствии с условиями договора. В отличие от большинства **гражданско-правовых** договоров в рассматриваемом договоре при его исполнении активно сотрудничают обе стороны. Это обусловлено спецификой. **Во-первых**, высокоэффективное, с экономической точки зрения, применение исключительных прав требует передачи уже наработанного коммерческого опыта. Это и дизайн предприятия, и привычный для потребителя менеджмент и секреты производства товара, которые делают его непохожим на другие, и многое другое.

Во-вторых, это и защита интересов лицензиара с целью, с одной стороны не допустить несанкционированное использование своих прав а, с другой, - обеспечить надзор за стандартом услуг, что только и может сохранить потребительский спрос, а, значит, и коммерческую ценность исключительных и прилегающих к ним прав.

Лицензионный комплекс, деловая репутация и коммерческий опыт передаются лицензиату для использования в определенном объеме. **Объем** использования определяется договором, но не может выходить за пределы правила "никто не может передать прав больше, чем имеет сам". Допустимо как точное определение в договоре передаваемых прав, так и определение границ их использования (допустим, минимальных и максимальных). Объем использования прав может быть ограничен территорией использования. Например, лицензиату разрешается использовать фирменное наименование лицензиара в точках расположенных на территории Карагандинской области. Неуказание в договоре объема передаваемых прав означает право на использование их лицензиатом в пределах использования их лицензиаром. Объем использования переданных по договору прав может быть ограничен сферой, видом деятельности или иным условием. Например договором может быть оговорено право лицензиата продавать только товар, полученный от лицензиара, или использовать полученные права только в сфере строительства в сельской местности.

Законодательными актами могут быть установлены ограничения по применению договора комплексной предпринимательской лицензии в отдельных сферах предпринимательской деятельности. На момент принятия Особенной части ГК такие специальные ограничения законодательными актами предусмотрены не были.

Нередко размер платежей за комплексную предпринимательскую лицензию связан с **объемами продаж и доходом лицензиата**. Поэтому обязанность лицензиата предоставлять необходимую информацию соответствует важному праву лицензиара знакомиться по мере необходимости с бухгалтерским учетом, документацией и отчетностью лицензиата. Такое право позволяет лицензиару контролировать продажи лицензиата и осуществлять надзор за деятельностью франшизного предприятия.

Исходя из этих положений лицензиат должен аккуратно документировать все валовые продажи, уплату налогов и другие выплаты. Эти данные должны содержаться в регулярно предоставляемых лицензиару отчетах, включая документацию, направляемую налоговым органам. Для борьбы с искажениями отчетности в практике других стран за подобное нарушение стороны обычно устанавливают в договоре штрафные санкции. Кроме того, лицензиар имеет право провести независимую аудиторскую проверку бухгалтерии лицензиата. Если при такой проверке выяснится, что какие-то суммы были занижены в отчете, предоставленном лицензиатом, лицензиат должен немедленно по требованию лицензиара выплатить ему разницу и предусмотренные договором штрафные санкции. Выявление данных и иных нарушений в бухгалтерском учете лицензиата влекут право лицензиара отнести на лицензиата также и расходы по аудиту.

При исполнении договора две обязанности лицензиата вытекают из факта выступления под чужим именем в гражданском обороте. Лицензиат не должен вводить в заблуждение потребителя в отношении качества товара, продаваемого под чужим товарным знаком. Поэтому лицензиат обязан, во-первых, **обеспечивать соответствие качества**, производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг, качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно лицензиаром; во-вторых, **оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги**, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у лицензиара.

В процессе исполнения договора лицензиат обязан **допускать лицензиара на свою производственную территорию**, предоставлять ему необходимую документацию и оказывать содействие в получении информации, необходимой для осуществления контроля за правильным использованием предоставленных исключительных прав. Понятия "необходимая информация", "оказание содействия" и "правильное использование прав" являются в значительной мере субъективными. Их достаточность, определяющая надлежащее исполнение обязанности по договору, может быть установлена только судебным решением в случае спора. Лицензиат должен предоставить право лицензиару проводить инспекции предприятия в любое время в пределах нормального рабочего дня. Лицензиат должен принять необходимые меры для немедленного исправления недостатков, замеченных при какой-либо инспекции. Если по какой-либо причине лицензиат не сможет исправить такие недостатки в течение времени, предложенного лицензиаром, лицензиар имеет право исправить данные недостатки за счет лицензиата. Для лицензиата является обязательным соблюдение всех инструкций и указаний лицензиара в отношении характера, способов и условий использования переданных в пользование исключительных прав, в том числе указаний, касающихся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых лицензиатом при осуществлении предоставленных ему по договору прав.

Предположительно на первой стадии развития франчайзинга в Казахстане в качестве комплексного

лицензиара, в основном, будут выступать иностранные инвесторы. Поэтому на комплексного лицензиара при исполнении договора распространяются гарантии и права, предусмотренные законодательством Республики Казахстан об инвестициях. Наряду с прочим, не допускается обращение взыскания по долгам лицензиата на имущество, полученное им от комплексного лицензиара по договору комплексной предпринимательской лицензии, если только лицензиат не стал его собственником в соответствии с договором.

§ 5. Ответственность по договору
комплексной предпринимательской
лицензии (франчайзинга).
Сублицензия. Изменение и прекращение
договора

Ответственность по договору комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Требования к лицензиару подчинены общим правилам об ответственности продавца за качество продаваемых товаров, установленным ст. ст. 422-430 ГК (см. также специальные правила о розничной купле-продаже - ст. ст. 455-457 ГК) и общим правилам об ответственности подрядчика за качество выполненных работ, установленным ст. ст. 632-636 ГК (см. также специальные правила об ответственности за качество работ, выполняемых по бытовому подряду - ст. 648 ГК). Эти правила распространяются и на оказание возмездных услуг (ст. 687 ГК).

Контроль за надлежащим осуществлением лицензиатом обязанностей по договору - не только право, но и обязанность лицензиара. Предоставляя свое фирменное наименование, товарный знак и другие средства индивидуализации, лицензиар в гражданском обороте берет на себя часть ответственности лицензиата. **Лицензиар несет субсидиарную ответственность** по предъявляемым к лицензиату требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) лицензиатом по договору комплексной предпринимательской лицензии (о субсидиарной ответственности см. ст. 357 ГК). То есть при недостаточности средств на счете лицензиата истец или суд могут привлечь лицензиара в качестве соответчика. Однако, после обращения взыскания на имущество лицензиара, он может возместить понесенные потери путем подачи регрессного иска к лицензиату при условии подачи такого иска в течение трех лет и появлении у лицензиата, который не был объявлен банкротом, необходимых средств для удовлетворения иска.

Российское законодательство содержит еще одно условие, к сожалению, не воспринятое казахстанским законодателем. В соответствии с п. 2 ст. 1034 ГК РФ "по требованиям, предъявляемым к пользователю (комплексному лицензиату - И. Ж.) как изготовителю продукции (товаров) правообладателя (комплексного лицензиара - И. Ж.), правообладатель отвечает солидарно с пользователем". Конечно, такая норма идет вразрез с принципом самостоятельной имущественной ответственности юридического лица, но зато более последовательно защищает права потребителей.

Сублицензия. Договором комплексной предпринимательской лицензии может быть

предусмотрено право лицензиата разрешить использование предоставленных ему всех или отдельных исключительных прав другим лицам на условиях, согласованных им с лицензиаром либо определенных в договоре. Сублицензия выгодна и лицензиару и лицензиату. Оба они получают с деятельности сублицензиата доход, а лицензиар еще и проводит дополнительную рекламу, улучшая свой «гудвилл». Поэтому в договоре комплексной предпринимательской лицензии может содержаться обязанность лицензиата выдать в течение определенного периода времени определенное количество сублицензий с указанием или без указания территории их использования. Договор сублицензии заключается исходя из двух принципов: "свободы договора" и "невозможности передать прав больше, чем имеешь". Однако, если в договоре сублицензии не предусмотрены какие-либо условия, то применяются правила основного договора лицензиара с лицензиатом.

Из предыдущих положений вытекает, что договор комплексной предпринимательской сублицензии не может быть заключен на более длительный срок, чем основной договор лицензиара с лицензиатом. Прекращение договора комплексной предпринимательской лицензии прекращает все договоры комплексной предпринимательской сублицензии. Однако, в этом случае речь идет только о прекращении договора, связанном с истечением срока, на который он был заключен. При досрочном прекращении основного договора лицензиат утрачивает право использования исключительных прав. Поэтому, если иное не предусмотрено договором и если не возражает лицензиар, при досрочном прекращении договора правами обязанности лицензиата по договору комплексной предпринимательской сублицензии переходят к лицензиару. Таким образом, договор субфранчайзинга продолжает действовать, трансформируясь в договор франчайзинга. В то же время, если основной договор лицензиара с лицензиатом по основаниям, предусмотренным законодательными актами, является недействительным, недействительными являются и заключенные в соответствии с ним договоры комплексной предпринимательской сублицензии.

Данное правило защищает права сублицензиатов, но накладывает определенные обязанности на лицензиара. В то же время для лицензиара фигуры лицензиата и сублицензиата консолидированы в отношениях франчайзинг-субфранчайзинг. В силу п. 2 ст. 904 ГК сублицензиат отвечает непосредственно перед лицензиаром за причиненный ему вред, хотя и не состоит с ним в прямых договорных отношениях. В этих случаях лицензиат несет субсидиарную ответственность за вред, причиненный лицензиару действиями сублицензиатов. Однако договором могут быть предусмотрены иные форма и порядок ответственности. Естественно, при привлечении лицензиата к субсидиарной ответственности у него появляется право регрессного иска к сублицензиатам.

Изменение и прекращение договора. Договор комплексной предпринимательской лицензии может быть изменен или расторгнут в соответствии с правилами, предусмотренными Главой 24 ГК. Помимо общих оснований специальные правила изменения и расторжения договора предусмотрены Главой 45 ГК. Одним из случаев изменения или расторжения договора может стать изменение объекта

комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

Владелец фирменного наименования вправе изменить его в установленном порядке, внося необходимые изменения в запись в соответствующем государственном регистре (реестре) о его регистрации. Право на использование определенного фирменного наименования является наиболее существенным элементом исключительных прав, входящих в комплексную предпринимательскую лицензию. Изменение фирменного наименования может существенно понизить целесообразность договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Поэтому для изменения фирменного наименования, право использования которого является предметом договора комплексной предпринимательской лицензии, требуется согласие лицензиата. В ином случае ст. 905 ГК устанавливает право лицензиата требовать расторжения договора и возмещения убытков. Другой альтернативой является право лицензиата при сохранении договора потребовать соразмерного уменьшения причитающегося лицензиару вознаграждения. Данную соразмерность крайне трудно установить объективно. Поэтому размер вознаграждения в случае спора определяется судом. Если же лицензиат считает, что его права в результате изменения фирменного наименования лицензиара не пострадали, то договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) продолжается и действует в отношении нового фирменного наименования лицензиара. Аналогичные последствия влечет изменение лицензиаром одного или нескольких исключительных прав, переданных в пользование по договору комплексной предпринимательской лицензии. Возможность расторжения договора лицензиатом по ст. ст. 905 и 906 связана только с самоизменением лицензиаром своих исключительных прав в регистрирующих органах, то есть со случаями, когда предыдущее исключительное право прекращает свое существование одновременно с возникновением нового.

Такую ситуацию следует отличать от других случаев. Так, в соответствии с п. 1 ст. 909 ГК переход к другому лицу какого-либо отдельного исключительного права, входящего в лицензионный комплекс, не является основанием для изменения или расторжения договора. Новый правообладатель вступает в договор в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшему исключительному праву. То есть речь идет не о прекращении прежнего исключительного права, а о его возмездном или безвозмездном переходе к другому лицу. В таких случаях в силу ст. 909 ГК переход исключительного права на какой-либо объект, входящий в предмет договора (в порядке как сингулярного, так и универсального правопреемства), не влечет изменения условий или одностороннего расторжения договора. Однако, при этом должны соблюдаться правила перехода исключительных прав, установленные специальным законодательством. Возможно также субсидиарное применение к данным договорным отношениям соответствующих правил Главы 19 ГК о переходе прав кредитора к другому лицу. Новый лицензиар становится стороной договора, принимая на себя права и обязанности, связанные с перешедшим к нему правом. Так, например, если первоначальный лицензиар

переуступил ему исключительное право на товарный знак, то он обязан зарегистрировать лицензионный договор с лицензиатом на этот товарный знак. Он также обязан принять меры к поддержанию в силе свидетельства на товарный знак: платить ежегодно пошлину, а в случае истечения срока действия свидетельства - подать заявку на его продление и т. п.¹⁰³.

Возможна ситуация, когда срок действия какого-либо исключительного права, входящего в комплекс переданных в пользование по договору, истек либо такое право прекратилось по иному основанию. В этом случае договор комплексной предпринимательской лицензии сохраняется, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву, а лицензиат, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося лицензиару вознаграждения.

Прекращение юридического лица-лицензиара прекращает действие договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). В этом случае лицензиат имеет право на возмещение убытков из ликвидационной массы. Однако, с согласия ликвидационной комиссии до момента исключения из регистра юридических лиц лицензиата возможно продление действия договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

В случае **смерти лицензиара-гражданина** его права и обязанности по договору комплексной предпринимательской лицензии переходят к наследнику при условии, что последний зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве предпринимателя. В ином случае договор прекращается. Тогда расчеты с наследником и возмещение возможных убытков лицензиатов осуществляется доверительным управляющим из наследственной массы лицензиара.

Управление лицензионным комплексом в период до принятия наследником соответствующих прав и обязанностей или до регистрации наследника в качестве предпринимателя осуществляется доверительным управляющим, назначаемым нотариусом в установленном порядке. Правовое положение доверительного управляющего определяется положениями Главы 44 ГК "Доверительное управление имуществом" с особенностями, предусмотренными специальным законодательством.

За пределами ст. 909 ГК остались случаи правопреемства **при продаже** комплексной предпринимательской лицензии лицензиаром. Не является основанием к изменению или расторжению договора продажа лицензиаром комплексной предпринимательской лицензии третьему лицу. Однако договором может быть оговорено иное. По другому следует подходить к уступке своих прав по договору лицензиатом.

¹⁰³ См. • Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). 2-е изд., испр. и доп. // Руководитель авторского коллектива и ответственный редактор д.ю.н., проф. О. Н. Садиков. М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, Издательская группа ИНФРА М - НОРМА, 1997. С. 626-627. 618

Лицензиат не имеет права продавать, перепоручать, передавать, закладывать, производить слияние или отдавать любые права, которыми он наделен по договору комплексной предпринимательской лицензии, без предварительного письменного согласия лицензиара.

Договор комплексной предпринимательской лицензии прекращается прекращением юридического лица-лицензиара или смертью физического лица лицензиата. Прекращение юридического лица-лицензиара наступает в результате его ликвидации или реорганизации, влекущей исчезновение прежнего фирменного наименования. Данное правило обусловлено тем, что фирменное наименование является существенным элементом комплексной предпринимательской лицензии, а, значит, его передача в пользование является и существенным условием договора.

Договор комплексной предпринимательской лицензии, заключенный с указанием срока, может быть расторгнут в соответствии с правилами ГК (п. 1 ст. 908 ГК). То есть к расторжению договора применяются правила ст. ст. 401 - 403 ГК.

Изменение и расторжение договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором. По требованию одной из сторон срочный договор комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) может быть изменен или расторгнут по решению суда при существенном нарушении договора другой стороной. Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора (п. 2 ст. 401 ГК). Таким существенным нарушением будет являться, например, непоставка оговоренной договором технологической линии, которая позволяла выпускать продукт того качества и вида, что был известен потребителю как известная продукция лицензиара. При существенном нарушении договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) одной из сторон, другая сторона вправе требовать возмещения убытков, причиненных расторжением договора.

Соглашение об изменении и расторжении договора совершается в той же форме, в какой был заключен договор, если из законодательства, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное. Требование об изменении или расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороной на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законодательством либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок (ст. 402 ГК).

В случае расторжения или изменения договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) обязательства считаются прекращенными или измененными с момента достижения соглашения сторон об изменении или расторжении договора, если иное не вытекает из соглашения сторон или характера изменения договора, а при расторжении или изменении договора в судебном порядке - с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении или изменении договора. Стороны не вправе требовать

возвращения того, что **было** исполнено ими по обязательству до момента расторжения или изменения договора, если иное не у^твлено законодательными актами или соглашением сторон (п. п. 3[^] ст. 403 ГК). Так, ст. 3 /4 i к предусмотрела, что при прекращении обязательства невозможностью исполнения, каждая сторона, исполнившая обязательство, вправе **требовать** возвращения исполненного. Однако, в случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возвращения исполненного им по обязательству.

Односторонний отказ от исполнения договора допускается в случаях, предусмотренных ст. 404 ГК. Одна из сторон вправе отказаться от исполнения договора, в частности, в случаях:

1) невозможности исполнения обязательства, основанного на до

говоре

(ст. 374 ГК);
(ст. 374 /ч. 1/)

2) признания в установленном порядке другой стороны банкротом;

3) изменения или отмены акта государственного органа, на основании которого заключен договор.

Односторонний отказ от исполнения договора допускается в случаях когда договор заключен без указания срока, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением сторон.

По общему правилу п. 4 ст. 404 ГК в случае одностороннего отказа от исполнения договора сторона должна предупредить об этом другую сторону не позднее чем за месяц, если иное не предусмотрено законодательными актами или соглашением сторон.

Однако это правило не применяется к бессрочным договорам франчайзинга. В соответствии с п. 2 ст. 908 ГК сторона в договоре вправе отказаться от бессрочного договора комплексной предпринимательской лицензии, известив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок извещения.

При прекращении действия договора комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) комплексный лицензиат обязан:

1) немедленно вернуть комплексному лицензиару руководства с инструкциями, всю техническую и коммерческую документацию;

2) прекратить пользоваться исключительными правами и конфиденциальной информацией комплексного лицензиара;

3) по требованию комплексного лицензиара переоборудовать франчайзинговые помещения таким образом, чтобы они отличались от вида, оговоренного договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга);

4) выполнить иные требования комплексного лицензиара, предусмотренные договором комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО ТОМ II

академический курс

Ответственные редакторы: М. К.
Сулейменов, Ю. Г. Басин

Редактор Т. И. Кудрявцева
Компьютерная верстка Т.Н. Чазова

Подписано в печать 1.12.2002. Формат
60x84¹/₁₆ Печ. л. 39. Тираж 2000 экз.

Издательство АПИ

Т.О.О. «Курсив».

/



¹ См.: разъяснение, данное в п. 6 Постановления Пленума
Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. № 18

"О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки" (Вестник ВАС РФ. 1998. № 3; Хозяйство и право. 1998. № 7).

¹ Арбитражная практика исходит из того, что увеличение или уменьшение цены в процессе исполнения договора не влечет за собой увеличение или уменьшение количества а должно лишь привести к увеличению или уменьшению денежной суммы, которая предусмотрена в договоре в качестве определителя количества подлежащих купле-продаже товаров. Э. практика

Зрительная о 'а Гт
Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) // Под ред. О. Н. Садикова. М., 1996. С. 16

¹ В юридической литературе неоднозначно решается вопрос о том, относится ли ассортимент к условию о количестве или к условию о качестве. Наиболее распространенной и обоснованной является точка зрения, что ассортимент - понятие количественное, а не качественное. См.: например, Шевченко И. И. Дис. на соискание ученой степени д. ю. н. Проблемы формирования договорных отношений поставки в условиях становления в Российской Федерации рыночной экономики. Кемерово, 2001. С. 61; Иоффе О. С. Обязательственное право. С. 252. Другие авторы связывают понятие ассортимента с качественной характеристикой. См., например: Ефимочкин В. П. Некоторые вопросы арбитражной практики // Сов. гос. и право. 1953 г. № 7. С. 80; Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовые формы борьбы за качество продукции. Автореф. дисс. к. ю. н. М., 1950. С. 12.

В последнее время с целью защиты прав потребителей государство повышает контроль за качеством продукции. См., например, Постановление Правительства Республики Казахстан от 2 мая 2001 года N 590 "О республиканской программе "Качество" на 2001—2005 годы".

¹ См. Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. С. 311.
² Например, по мнению О. С. Иоффе, юридически оформленные как отношения между отдельными контрагентами обязательства по контрактации с точки зрения их экономического содержания выступают как отношения хозяйства с государством. Именно это обстоятельство вызывает необходимость установления для контрактации особого правового режима, конструирования ее в законе как самостоятельного договора". (Иоффе О. С. Указ. соч. С. 284).

² В теории гражданского права некоторые авторы не разделяют такую позицию. Так, в одной из последних исследований в области энергоснабжения была высказана мысль, о том, что договор энергоснабжения носит самостоятельный характер, в отличие от договора купли-продажи, (см., например, Гуиван П. Д. Правовое регулирование снабжения электрической энергией. - Автореферат дис. на соискание ученой степени к. ю. н. Харьков, 2000. С. 1). Данное мнение является спорным, в условиях рынка проявились товарные свойства электрической энергии, поэтому закрепление в законодательстве договоров энергоснабжения именно в разделе купли-продажи отражает товарно-денежные отношения при электро-энергоснабжении.

¹ Кроме того, как верно отмечает С. М. Корнеев, электрическая энергия, являющаяся объектом договора на снабжение электроэнергией, должна признаваться самостоятельной ценностью, экономическим благом (Корнеев С. М. Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. 1995. №7. С. 118). Б. М. Сейнаров так-

81

же разделяет позицию, согласно которой электроэнергия признается ценностью, экономическим благом, которое может быть предметом договора с учетом особенностей, обусловленных физической сущностью электроэнергии. "Электрическая энергия, - подчеркивает Б. М. Сейнаров, - не может быть предметом договора имущественного найма, договора хранения, так как по истечении установленного срока имущество, переданное в соответствии с указанными договорами, должно быть возвращено. Электрическая энергия же потребляется и, следовательно, ее невозможно вернуть". (Сейнаров Б. М. Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. Алма-Ата, 1975. С. 53).

¹ См.: Брагинский и др. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М.: "Статут", 2000. С. 143.

¹ Единицами измерения количества энергии являются: киловатт-час или киловольт-ампер электроэнергии, гигакалория тепловой энергии, кубический метр газа и т. д.

¹ Гражданское право. В 2-х томах. / Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. Т. 2. Санкт-Петербург, 1998. С. 103.

² Согласно Постановлению Правительства Республики Казахстан от 21 июля 2000 года № 1095 "Об одобрении Концепции управления государственным имуществом и приватизаций в Республике Казахстан": Комитет государственного имущества и приватизации Министерства финансов Республики Казахстан осуществляет функции распоряжения государственными пакетами акций (долями участия), организует ведение Реестра учета государственного имущества, от имени государства осуществляет права акционера (участника) в акционерных обществах (хозяйственных товариществах) либо передает эти права отраслевым министерствам и другим государственным органам.

¹ См.: Римское частное право: Учебник // Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. Перетерского. М., 1996. С. 423.

² Покровский И.А. История римского права. Спб., 1998. С. 51.

² См.: Постановление СНК СССР от 18 октября 1931 г. "О ликвидации ненормальных фактов прямого товарообмена между хозяйственными органами". // СЗ СССР. 1931. № 63. Ст. 414.

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая. Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 358-359.

¹ Маковский А. Л. Дарение // Гражданский кодекс Российской Федерации. Ч.

2. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М., 1996. С. 316.

¹ См.: Словарь делового человека. М., 1992. С. 163.щ.
В юридической литературе России, в ГК которой норма о договоре ренты тождественна норме п. 1 ст. 517 ГК, ряд авторов квалифицирует договор ренты в качестве реального договора. См., например: Гражданское право. - Ч. II: Учебник // Под редакцией А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. Санкт-Петербург, 1997. С. 138; Брагинский М. Я, Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества. М., 2000. С. 632.

¹ См. • Гражданское право. Ч. 2: Учебник // Под редакцией А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого. С. 135; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга вторая. С. 634.

¹ На три вида подразделяется договор ренты в учебнике Гражданское право.

Ч. 2 // Под ред. А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого). С. 139. 118

¹ См.: Гражданское право России. Ч. II. Обязательственное право: Курс лекций // Отв. ред. О. Н. Садилов. М.: Изд-во "Бек", 1997. С. 223.

¹ См.: §7 настоящей главы.
160

³ Смагулов А. Лизинг: Учебное пособие. Алматы: Балауса, 1996. С. 115-116. 162

¹ Кабатова Е. В. Указ. соч. С. 55.

² Брагинский М. К, Витрянский В. В. Указ. соч. С. 559; Сахарчук В. Виды лизинговых операций // Хозяйство и право. 1998. № 4. С. 26-27.

² Сахарчук В. Указ. соч. С. 26.

³ Смагулов А. Указ.соч. С. 19.

----- 2 ----- ~ ~
¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ.соч. С. 587. 172

¹ См ■ Иоффе О. С. Обязательственное право. М., 1975. С. 392.

³ См.: Отдельные виды обязательств. М., 1954. С. 186.

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М.:Изд-во "Статут", 1998. С. 23-24.

" См.: Гражданское право: Учебник. Ч. 2. Обязательственное право // Под ред. В. А. Залесского. М. : МТК "Восточный экспресс", 1998 С 306 246

¹ В отличие от прежнего законодательства (ст. 364 ГК КазССР), которая исключала применение положений главы ГК "Перевозка" к электрическому транспорту, в том числе метрополитену, ГК РК общие условия всех перевозок переводит на гражданско-правовое регулирование, предусмотренные главой 34 (ст. ст. 688-707 ГК)

зак переводит на гражданско-правовое регулирование, предусмотренные главой 34 (ст. ст. 688-707 ГК)

Магистральный трубопроводный транспорт признается транспортом только в экономическом отношении. Его продукция (газ или нефть) оформляется не договором перевозки, а договорами купли-продажи или поставки. Специфика транспортировки (по газо- и нефтепродуктам не дает основания относить эту транспортировку к перевозкам. Правовая природа обязательств, возникающих при перемещении газа и нефти (и некоторых других продуктов) по трубопроводу, имеет иной характер, чем перевозка, а именно: здесь совмещаются обязательства по передаче имущества и по оказанию услуг (транспортировка, хранение).

См.: Положение о Министерстве транспорта и коммуникаций Республики Казахстан, утвержденное постановлением Правительства Республики Казахстан от 20 ноября 1999 г. 254

³См.: Основы немецкого торгового и хозяйственного права. М., 1995. С. 11; ст. 1-1-3 Единообразного торгового кодекса США; ст.1 Торгового кодекса Японии.

¹См.: *Витрянский В.* Понятие и виды договоров перевозки. Система договоров перевозки // *Хозяйство и право.* № 1. 2001. С. 69.

¹ Несколько иное определение договору перевозки груза дается в ст. 36 Закона РК «О железнодорожном транспорте»: «в соответствии с договором перевозки груза перевозчик обязуется своевременно и в сохранности доставить вверенный ему грузоотправителем груз на железнодорожную станцию назначения с соблюдением условий его перевозки и выдать грузополучателю, а грузоотправитель (грузополучатель) обязуется оплатить перевозку груза и обеспечить его приемку».

²Гражданское право: Учебник. Ч. 2. //Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого). М., 1997. С. 384 (глава 38 О договоре перевозки написана В. Т. Смирновым и Д. А. Медведевым)

¹ См. об этом, например: *Баринов Э.А.* Валютно-кредитные отношения во внешней торговле. М.: 1 Федеративная Книготорговая Компания, 1998. С. 85.

²См., например: *Флейшиц Е.А.* Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 83-84; *Олейник О. М.* Основы банковского права: Курс лекций. М.: Юристъ, 1997. С. 98-99.

⁴См. об этом: *Новоселова Л. А.* О правовой природе средств на банковских счетах // *Хозяйство и право.* 1996. № 7,8; Правовое регулирование банковской деятельности // Под ред. проф. Е.А. Суханова. М.: Учебно- консультационный центр "ЮрИнфоР", 1997. С. 144; *Маковская А. А.* Залог денег и ценных бумаг. М.: Статут, 2000. С. 7 и т. д..

¹ См. об этом, например: Правовое регулирование банковской деятельности // Под ред. проф. Е. А. Суханова. М.: Учебно-консультационный центр "ЮрИнфоР", 1997. С. 141-143.

- ¹ См. об этом, например: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть): Комментарий // Отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алматы: "Жеты жаргы", 2000. С. 362.
- См. об этом, например: *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ" "ИНФА-М", 2000. С. 33.
- ² Гражданское право: В 2 т. Том 2. Полутом 2: Учебник // Отв. ред. проф. Е.А.Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство БЕК, 2000. С 261 412 /
- ¹ См., например: *Ефимова Л. Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражная практика. М.: Юридическая фирма "КОНТРАКТ", "ИНФА-М", 2000. С. 35.
- ¹ См., например: *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т.Н. СПб., 1908. С. 479-480; *Флейшиц Е. А.* Расчетные и кредитные правоотношения. М., 1956. С. 68.